

FERNANDA BARBOSA LINO

**A INCRIMINAÇÃO DO CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES EM
PORTUGAL E NO BRASIL**

MESTRADO EM DIREITO

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia
Faculdade de Direito

Lisboa

2019

FERNANDA BARBOSA LINO

**A INCRIMINAÇÃO DO CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES EM
PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado
defendida em provas públicas
para obtenção do grau de
Mestre em Ciências Jurídicas
Forenses no curso de Mestrado
em Ciências Jurídicas Forenses,
conferido pela Universidade
Lusófona de Humanidades e
Tecnologias no dia
13/12/2019, perante o Júri,
nomeado pelo Despacho de
Nomeação n.º 180/2019, de
Julho de 2019, com a seguinte
composição:

Presidente: Professor Doutor
Manuel Nogueira Serens;

Arguente: Professor Doutor
António Manuel de Almeida
Costa;

Orientador: Professor Doutor
José de Sousa e Brito.

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de Direito

Lisboa 2019

RESUMO

O trabalho de conclusão de mestrado aqui apresentado realizará uma análise comparativa da incriminação do consumo de drogas no Brasil e em Portugal. Faremos, também, uma breve análise histórica da criminalização das drogas no Brasil, bem como abordaremos o tratamento que é dado ao tema em Portugal. Após, serão apresentadas as principais discussões dogmáticas relacionadas ao uso de drogas e sua constitucionalidade, descriminalização e despenalização.

Palavras-Chave: Consumo, Drogas, Crime.

ABSTRAC

The dissertation presented here will carry out a comparative analysis of the incrimination of drug use in Brazil and Portugal. We will also make a brief historical analysis of the criminalization of drugs in Brazil, as well as the treatment that is given to the subject in Portugal. Afterwards, the main dogmatic discussions related to the use of drugs and their constitutionality, decriminalization and decriminalization will be presented.

Key – words: Consumption, Drug, Crime.

LISTA DE SIGLAS

CDT – Comissão Dissuasora da Toxicodependência;

CEDROGA – Comissão Especial Destinada a Promover Estudos e Proposições de Políticas Públicas e Projetos de Lei Destinados a Combater e Prevenir os Efeitos do Crack e de outras Drogas Ilícitas;

CEJ – Centro de Estudos da Juventude;

CEPD – Centro de Estudos da Profilaxia da Droga;

CICD – Centro de Investigação e Controle da Droga;

CIJD – Centro de Investigação Judiciária da Droga

CONAD – Conselho Nacional de Drogas;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

EMCDDA – Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Vício;

ENLCD – Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga;

IDT – Instituto da Droga e da Toxicodependência;

IPDT – Instituto Português da Droga e da Toxicodependência;

ONU – Organização Das Nações Unidas;

OMS – Organização Mundial da Saúde;

RE – Recurso Extraordinário;

SICAD - Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências;

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida;

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas;

SNC – Sistema Nervoso Central;

SPTT – Serviço de Prevenção e Tratamento da Toxicodependência;

STF – Supremo Tribunal Federal;

UPP – Unidade De Polícia Pacificadora.

SUMÁRIO:

Introdução	7
I – A incriminação do consumo de drogas no Brasil	9
1 Evolução histórica da legislação brasileira sobre o consumo de drogas	9
Do Código Penal Republicano de 1890 a 1932: O modelo Sanitário	14
Do Decreto 20.930 de 11 de junho de 1932 a 1968: O modelo penal diferenciado	16
Do decreto 385/68 a 1976: O modelo penal	20
Da Lei 6.368/76 a 2006: O modelo penal diferenciado	21
Lei 11.343 de 2006: O modelo penal-educativo	24
2 Questões dogmáticas e constitucionais do regime vigente	39
O bem jurídico protegido pelo crime do artigo 28	39
A questão da constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas	46
II – A incriminação de consumo de estupefacientes em Portugal	58
1 Evolução histórica da legislação portuguesa sobre o consumo de drogas	58
Paradigma Fiscal: 1914 - 1970	58
Paradigma Criminal: 1970 – 1975	60
Paradigma Clínico – Psicossocial: Primeiro período 1975 – 1982	63
Paradigma bio-psicológico: Primeiro período 1983 – 2000	66
Paradigma bio-psicológico: A partir de 2000	73
2 Questões dogmáticas e constitucionais do regime vigente	88
Bem jurídico tutelado	88
A questão da constitucionalidade	91
III – Conclusões de direito comparado luso-brasileiro	99
Referências bibliográficas	105

INTRODUÇÃO

O presente estudo comparado trata de um problema que vêm excedendo as fronteiras de todos os países, o consumo das drogas.

Para uma melhor concepção do tema não podemos deixar de recordar que o consumo de drogas não é um problema da época mais moderna e que o uso de drogas pode ter mais de uma finalidade. Assim, as drogas podem ser utilizadas na medicina, em rituais medicinais e até em cerimônias religiosas. Também sabemos que a droga já foi utilizada como moeda de troca.

Já não resta dúvida que o consumo de estupefacientes causa grande prejuízo para a sociedade em geral, pois atinge de maneira expressiva as relações sociais, seja no Brasil ou em Portugal. Esse prejuízo é causado na esfera coletiva e individual e afeta socialmente, politicamente e economicamente todos os cidadãos.

Existem várias definições para o que se costuma chamar de *drogas*. Atualmente o conceito mais usado no meio científico é o proposto pela OMS, que tem uma perspectiva mais biológica “droga é toda substância natural ou sintética que introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções”. Tal definição elucida que em um sentido generalizado, droga é qualquer substância natural, química ou sintética, que tem a capacidade de modificar um sistema biológico¹.

Com relação a sua classificação, as drogas podem ser classificadas em várias especificações: social, clínica, farmacológica, epidemiológica, etc. Farmacologicamente falando, é observada a estrutura química das substâncias, seu mecanismo de ação e principais características, e podem ser classificadas em drogas estimuladoras, depressoras e perturbadoras.²

As drogas que são classificadas como depressoras do SNC (Sistema

¹ Fiocruz. Disponível em: < http://www.cpqrr.fiocruz.br/texto-completo/T_53.pdf>. Acesso em: 08 de dez 2018. Pag. 25.

² Ibid.

Nervoso Central), como o nome já diz, diminuem a atividade cerebral, tais como, álcool, barbitúricos, opiáceos, entre outras drogas. Elas atuam fazendo com que o organismo funcione mais lentamente em todos os aspectos.

Já as drogas estimulantes do Sistema Nervoso Central, aceleram a atividade cerebral, tais como cocaína, anfetamina e tabaco, fazem com que o usuário fique mais agitado, trazendo um estado de alerta, causando insônia, sentimento de perseguição, entre outros.³

Quando falamos de drogas perturbadoras do Sistema Nervosa Central, elas causam distorção da atividade cerebral, causando delírios e alucinações, por este motivo também são conhecidas como alucinógenas.⁴

Só por curiosidade, não podemos deixar de relatar uma questão aparentemente óbvia, no entanto, muito menos discutida do que deveria ser: sabemos que existem drogas lícitas e drogas ilícitas, porém, não há um critério que as diferencie, além da previsão legal. No entanto, sabemos que o álcool e o tabaco são prejudiciais à saúde, e que causam enormes danos, inclusive a terceiros, porém não são drogas ilícitas, mas qual o motivo para não estarem no rol das ilícitas?

Existe uma grande questão cultural que envolve tal questionamento, principalmente quando se refere ao álcool, pois a sua aceitação é bastante antiga. Entretanto, assim como o álcool faz parte há muitos séculos da sociedade europeia, outras substâncias fazem parte de outras sociedades há muitos séculos também, mas não são consideradas lícitas.⁵ Talvez a explicação possa vir do fato de que os países da Europa lideraram a expansão colonial e com isso, exportaram a sua cultura para as outras regiões do mundo.

O maior problema ligado as drogas é a criminalidade conexa, de forma mais específica, o tráfico de drogas. A sociedade é afrontada pela criminalidade e

³ Site da Fiocruz. Disponível em: < http://www.cpqrr.fiocruz.br/texto-completo/T_53.pdf>. Acesso em: 08 de dez 2018. Pag. 25.

⁴ Ibid.

⁵ Exemplo da coca na região andina e do ópio no sul da Ásia.

é diariamente obrigada a combater o uso e o tráfico dessas substâncias. O tráfico de drogas é nos dias atuais uma das mais importantes fontes de domínio e poder, pois a ilegalidade se transforma em forma de obter lucro.

O objetivo do estudo é demonstrar a conjuntura que levou à atual Lei de Drogas em Portugal e no Brasil, e sobretudo, tratar os valores e os ideais que foram fundamentais para o surgimento de cada lei.

I – A INCRIMINAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O CONSUMO DE DROGAS.

Para compreendermos com mais eficácia o debate acerca da incriminação do consumo de drogas no Brasil, ainda que de forma mais breve, nos aprofundaremos em questões históricas que acabaram justificando a criminalização das drogas no Brasil.

No ponto de vista internacional, já foram assinados vários tratados com o intuito de combater o consumo de drogas no mundo, além do que, no ponto de vista nacional, cada país legisla conforme o seu entendimento, criminalizando ou descriminalizando e que já possui a sua própria lista das drogas consideradas ilícitas.

No decorrer dos anos, pode-se observar o aumento do problema relacionado ao tráfico internacional de entorpecentes e o aperfeiçoamento das drogas através da criação de novas drogas, com maior poder de destruição, cujas consequências podem ser irreversíveis, em pouco tempo de uso. O Brasil foi mencionado pela ONU, como rota da droga produzida nos países andinos e como a origem de maior parte da

droga confiscada em todo o mundo⁶. Dados suficientemente preocupantes que servem de fundamento para a revisão das políticas públicas no país e para a revisão da legislação que combate o tráfico de drogas e o consumo.

As medidas políticas internacionais que iniciaram e direcionaram o combate do tráfico de drogas foram designadas no ano de 1912, na Conferência Internacional do Ópio⁷ que aconteceu em Haia, no dia 23 de janeiro, onde se reuniram alguns países para debaterem sobre o tema em questão. Tal convenção delegava aos Estados signatários que estudassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, cocaínas e seus derivados, assim como a morfina.

Após o ano de 1914, o Brasil enfrentou uma onda de tóxicos, e os dispositivos existentes na legislação pátria deixaram de apresentar eficácia no combate.

A evolução histórica das condutas associadas ao uso e comércio de substâncias psicoativas por seres humanos é bastante rica e é um tema que já foi estudado com proficiência por autores cujas obras se tornaram indispensáveis a qualquer abordagem do que se refere às drogas.

No final da Segunda Guerra Mundial e com a criação das Nações Unidas no ano de 1945, uma grande influência política internacional deu origem a criação de diversas convenções internacionais com o objetivo de combater às drogas, tais como, a Convenção Única sobre Entorpecentes, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Tais convenções deram origem ao controle mundial antidrogas⁸. A conclusão dessas Convenções foi que a repressão deveria ser através da pena privativa de liberdade, de preferência.

⁶ Rota de Tráfico. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264_428018.html. > Acesso em 13 de dez 2018.

⁷ FUNAG, Fundação Alexandre de Gusmão. Disponível em: <

<http://www.funag.gov.br/chdd/index.php/jornal-da-historia-diplomatica/67-historia-diplomatica/jornal-da-historia-diplomatica/231-1912>> . Acesso em 12 de dez de 2018.

⁸ SILVA, Marco Aurélio da. Política Pública Carcerária: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas. cap. 2, p. 239-240. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: .Acesso em: 09 abril 2018.

Com relação a Convenção Única sobre Entorpecentes, no ano de 1961, foi onde deu início ao sistema internacional de controle direcionado a produção, comércio dos estupefacientes e distribuição, chegaram à conclusão que os países signatários deveriam agrupar tais medidas de proteção. De acordo com a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, no ano de 1971, pelas Nações Unidas, houve a incorporação de mais uma droga ao rol das drogas narcóticas, as drogas psicotrópicas. Tais drogas também tinham os efeitos danosos, objetivando o controle pelo Estado. No ano de 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, atualmente mais conhecida como Convenção de Viena, aumentou o controle internacional antidrogas e determinou que o combate às drogas era uma responsabilidade global.

Com o passar do tempo e a nova visão das consequências geradas pelo combate às drogas, a visão da ONU (Organização das Nações Unidas) com relação ao tema foi alterada. No ano de 2009, houve uma elaboração do Plano de Ação da ONU que prevê novos procedimentos até o ano de 2019 para o desenvolvimento de novas metas de descriminalização do uso de drogas. Ocorre que, a ONU passou a se posicionar no sentido de, apesar de não apoiar a legalização do consumo de drogas, recomenda a retirada da proibição do consumo de drogas do âmbito penal, ressaltando uma grande necessidade de que os Estados possam oferecer tratamentos médicos aos usuários. Além disso, a ONU apoiou à legalização das drogas para fins médicos e científicos, sem incluir o recreativo. Conforme Marco Aurélio Souza da Silva⁹:

A constatação atual é de que ‘um mundo livre das drogas’ não apenas não foi alcançado como também o combate repressivo dirigido à sua eliminação resultou em consequências sociais desastrosas, com o aumento da violência, da exclusão, da população prisional e da mortalidade especialmente juvenil.

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz¹⁰ relatam que: coibir o uso significa apenas levar as atividades proibidas para a clandestinidade, perdendo o controle do Estado, de sorte

⁹ POLÍTICA PÚBLICA CARCERÁRIA: UMA INSTITUCIONALIZADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPULSIONADA PELA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V.9, n.2, 2014. Disponível em [file:///C:/Users/Barbosa&Lino2/Downloads/13018-75631-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Barbosa&Lino2/Downloads/13018-75631-1-PB%20(1).pdf) > acesso em: 17 agost. 2018.

¹⁰ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 40.

que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por promover o próprio tráfico de drogas e novas formas de violência e criminalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro seguiu a tendência internacional e reconhece o usuário uma simples vítima da sociedade e economia em que se acham inseridos e entendem que essas “vítimas da sociedade” não devem ser punidas com o máximo rigor pelo Estado. Em contrapartida, não existe dúvida de que o usuário termina por constituir o “mercado consumidor” das drogas produzidas e que para combater os traficantes é necessário adotar medidas para desestimular o próprio consumidor.¹¹

Pierpaolo Botinni, entretanto, relata que “a criminalização falhou na proteção da saúde pública e contribuiu para intensificar o dano à saúde *individual*”, tendo em vista que a criminalização retarda o desenvolvimento de políticas de redução de danos à saúde dos usuários de drogas.¹²

Guiados por esse ponto de vista, alguns países, como Uruguai e Holanda, legalizaram o uso de drogas. Já países como Portugal, Chile, Bolívia, Venezuela e Espanha já descriminalizaram o porte de drogas para consumo pessoal, entretanto, ainda o consideram infração administrativa. A legislação da França, México, Noruega, Alemanha e Áustria, contudo, determinam que o porte de drogas só dispõe de interesse penal quando é designado ao tráfico ilícito. Todavia, outros países, como o Brasil, optaram por somente tornar flexível a repressão ao consumo, mas permanecem reprimindo a produção de entorpecentes.¹³

Em outros países, como Colômbia, em 1994, e Argentina, em 2009, foi o Poder Judiciário, através de Corte Constitucional, que considerou inconstitucional a criminalização do consumo de drogas.

¹¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza. A nova lei antidrogas – Lei nº 11343/2006. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. P.25.

¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 29-30. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

¹³ *Ibdi.*, p. 33.

Dessa forma, verifica-se que em inúmeros países, a posse de drogas para consumo pessoal tornou-se, seja pela ação legislativa, seja pela judicial, matéria sobre a qual não mais incide o direito penal.

Há de destacar que o uso de drogas advém desde os primórdios da humanidade. Isto é, o homem tem conhecimento, desde a antiguidade, dos efeitos negativos e positivos de tais substâncias que podem tanto salvar, quanto destruir vidas. De acordo com Tadeu Lemos:¹⁴

Há indícios de que o homem usa esse tipo de substância há mais de dez mil anos antes de Cristo (período neolítico), provavelmente como uma forma de vivenciar experiências místicas ou curar seus males. Por muitos séculos as drogas mais usadas pelo homem foram o ópio, a cannabis e o álcool, sempre associadas a suas possíveis propriedades terapêuticas ou em rituais místicos, como uma forma de aproximação com os deuses. Porém, com o passar dos anos, o uso passou a adquirir um caráter recreativo e abusivo.

Ricardo Ubaldo Moreira e Moraes¹⁵ defende que:

A utilização de drogas pelo ser humano já ocorria desde as civilizações antigas, como os egípcios e os maias, inclusive os índios brasileiros, que já possuíam técnicas para fabricação rudimentar de substâncias calmantes, alucinógenas ou curativas, retiradas, basicamente, de frutos, cascas de árvores e fluidos de animais.

Porém, somente no final do século XIX é que se tem um primeiro registro de argumentação sobre as drogas na humanidade, conforme Moraes¹⁶:

No cenário internacional, deve ser ressaltado que o primeiro registro de discussão sobre o tema teve, na realidade, conotações políticas. No final do século XIX, a China despontava como grande produtora de ópio, causando temor na Inglaterra, a grande potência econômica da

¹⁴ LEMOS, Tadeu. *Ações e Efeitos das Drogas de Abuso*. In: *Prevenção ao uso indevido de drogas*/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. – Curitiba: SEED – Pr., 2008. p. 152 – (Cadernos temáticos dos desafios educacionais contemporâneos, 3).

¹⁵ MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006*. [on line]. Disponível em: http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 02 de nov 2018.

¹⁶ Ibid.

época. Os ingleses, para evitar o crescimento econômico da China, instituíram diversas medidas sancionatórias à produção e comércio do ópio, como os Tratados de Nanquin e Tientsin, aproveitando-se da chamada Guerra do Ópio, iniciada pelo próprio governo chinês.

Todavia, para se lograr uma melhor compreensão das atuais políticas pertinentes convém recorrer-se a uma breve aproximação histórica, com o que se pretende apontar como se desenvolveu a estratégia política para inibir o consumo.

DO CÓDIGO PENAL REPUBLICANO DE 1890 A 1932: O MODELO SANITÁRIO

É fato que na história da humanidade o homem invariavelmente sempre usou substâncias para alterar a sua condição de humor, seja qual for a substância usada na época, tais como álcool, ópio e cocaína.

Várias foram as razões que levaram ao consumo de entorpecentes em todo o mundo. Seja em razão medicinal, religiosa, mágica ou simplesmente pelo fato de querer ingerir substâncias alucinógenas.

Com a Revolução Industrial e o meio capitalista de produção os entorpecentes chegaram a população de forma mais rápida e eficaz, pois foram ocupando o lugar do mercado para serem vendidas e compradas por todos.

Sendo assim, já podemos observar o início da aplicação da criminologia da venda de alguns tipos de drogas específicos. A preocupação com o consumo, venda e distribuição de entorpecentes no Brasil já vem desde a época de colônia.

Conforme Roberta Duboc Pedrinha, as ordenações Filipinas, de 1603, em seu livro V, título LXXXIX, fazia menção a incriminação do consumo, posse e venda de substâncias intituladas como tóxicas, tais como, solimão, rosálgar, ópio e escamonea. Existia a previsão de aplicação de penas através da apreensão de

bens e do exílio para a África.¹⁷

No Brasil, a primeira abordagem do tema foi através do Código Penal Republicano de 1890 que, muito embora condenasse quem colocasse à venda (o traficante) ou administrasse as “substâncias venenosas”, nomenclatura usada na época, nada dispôs sobre consumidores.

Conquanto, ainda era adotada uma concepção do modelo sanitário, e o uso de drogas estava fazendo parte do cotidiano de todos os tipos de classes sociais, além do que, podiam ser encontradas com certa facilidade nas prateleiras das farmácias¹⁸.

O Código Penal de 1890, foi o primeiro código penal do Brasil e foi composto por 412 artigos, sendo promulgado pelo decreto 847 no dia 11 de outubro de 1980.

O Código Penal Republicano trouxe em seu artigo 159, a proibição de algumas substâncias consideradas como ilícitas, substâncias venenosas, como eram chamadas, mas que não eram determinadas, precisando de norma para complementar.

A proibição ora mencionada no artigo 159, era destinada a impossibilitar a dispersão de substâncias venenosas, onde não era obrigatoriamente de entorpecentes ou psicotrópicos. A punição de tal delito era somente uma multa estipulada.

Já Nilo Batista, em seu estudo aprofundado, relata que houve a proibição da maconha (que na época era chamada de pito de bango) na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em seu parágrafo 7º da norma de 04 de outubro de

¹⁷ Pedrinha, Roberta Duboc, NOTAS SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf >. Acesso em 12 de dez 2018.

¹⁸ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 1997, p. 133.

1930:¹⁹

É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.

De acordo com o Decreto nº 2.861 do ano de 1914, o Brasil adotou a diretriz da Conferência Internacional do Ópio que aconteceu no ano de 1912 em Haia. Logo em seguida veio o Decreto 11.481 do ano de 1915 que incluía a incriminação da morfina, cocaína e do ópio.

No ano de 1921 houve a promulgação do Decreto 4.294, que revogou o artigo 159 do Código Republicano de 1890. Tal dispositivo apresentou o novo termo “entorpecente”, com relação ao que era designado de substâncias venenosas.²⁰

O que mais chamou a atenção com relação ao Decreto de 1921 foi a determinação de criação de sanatórios para os toxicocônomos, sobretudo, enquanto não estivessem implementados os sanatórios, seriam encaminhados para interdição na Colônia de Alienados.

DO DECRETO 20.930 DE 11 DE JUNHO DE 1932 A 1968: O MODELO PENAL DIFERENCIADO.

Na década de 30, tivemos sucessivas Convenções Internacionais, assim como a Convenção de Haia de 1912 e as Convenções de Genebra nos anos de 1925, 1931 e 1936, efetuaram grandes influências na legislação do Brasil, principalmente no que diz respeito ao combate às drogas.

¹⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

²⁰ A lei antidrogas no Brasil: Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29754/a-lei-antidrogas-no-brasil/2>>. Acesso em 12 de dez 2018.

Neste período foi desenvolvido o Decreto 20.930 (11 de junho de 1932), que foi modificado pelo Decreto 24.505 e revogado pelo Decreto – Lei 891 do ano de 1938, que levou ao artigo 281 do Código Penal do ano de 1940, que só foi revogado no ano de 1976.

O artigo 281 do Código de 1940 relatava que:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior Salário-mínimo vigente no País.

No código mencionado acima o consumo de drogas ainda não era considerado crime, o que ficava claro o objetivo da prevenção sanitária das drogas.

Vale lembrar que nesta época o ponto de vista da saúde pública fez com que fosse criado uma categoria de sistema médico policial, visto que mesmo que os consumidores de drogas não fossem vistos como criminosos, os tratamentos realizados, não poderiam ser considerados como tratamentos simples.²¹

Os consumidores que eram reconhecidos ficavam obrigados à internação de forma obrigatória através de intervenção do Ministério Público ou da autoridade policial. Tais tratamentos eram mediante privação gradativa ou total da droga, depende do caso específico e o usuário só poderia sair da instituição por meio de atestado médico relatando alta definitiva por estar curado do vício em questão. Este entendimento permaneceu até o ano de 1964, acompanhado do golpe militar.²²

²¹ Pedrinha, Roberta Duboc, NOTAS SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf >. Acesso em 12 de dez 2018.

²² A lei antidrogas no Brasil: Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29754/a-lei-antidrogas-no-brasil/2>>. Acesso em 12 de dez 2018.

Conforme Nilo Batista, esse período representou o rompimento do modelo da doutrina criminal onde passou de modelo sanitário para o modelo bélico.²³

Salo de Carvalho, relata que após a legitimação da Convenção Única sobre Entorpecentes através do Decreto 54.216 do ano de 1964, a anuência do modelo bélico passou a ser absoluto, através da propagação da repressão.²⁴

Após o Ato Institucional nº 5, no ano de 1968, o Decreto 385 alterou o artigo 281 do Código Penal e inseriu outros verbos para criminalizar. Já o Decreto Lei nº 753 do ano de 1969 aumentou a fiscalização no combate às drogas.

Algum tempo depois, o Decreto nº. 2.994, de 17 de Agosto de 1938, “promulga a Convenção para a repressão do trafico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do trafico ilícito das drogas nocivas”,²⁵.

A Convenção de Genebra a qual o referido Decreto faz citação, e que cujo seu inteiro teor estava anexo a este, previa, em seu Art. II, que²⁶:

Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos: fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrarias às estipulações das referidas Convenções; participação intencional nos atos mencionados neste artigo; sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados; as

²³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

²⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Luam, 1997

²⁵ Decreto 2.994 de 1938. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html> .> Acesso em 20 de dez de 2018.

²⁶ Decreto 2.994 de 1938. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html> .. Acesso em 18 de mai de 2019.

tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

Contudo, ainda falando do ano de 1938, o Brasil promulgou no dia 25 de novembro de 1938 o Decreto-Lei 891, no qual, além de aprovar a lei de fiscalização de entorpecentes, implementou, em seu Art. 27, que a toxicomania foi tida como doença compulsória, suscetível de internação e que, dependendo do caso, poderia ser obrigatória ou até mesmo compulsiva: “Art. 27 - A toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local.”²⁷

No meio período que houve a entrada em vigor do Código Penal Brasileiro em 1942 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro), novos decretos foram editados. Segundo Ubaldo²⁸:

Em 1941 foi promulgado novo Decreto-lei, de nº. 3.114 (alterado em 1946 pelo Decreto-lei nº. 4.647), que criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes e prevendo sua composição (art. 1º); sujeitando o trânsito de substâncias entorpecentes à licença concedida por esta Comissão (art. 2º) e alterando alguns dispositivos do Decreto-lei nº. 891/38 (arts. 3º e 4º). Em 1942 foi editado o Decreto-lei nº. 4.720 que fixou normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes, e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos.

No final da Segunda Guerra Mundial e com a criação das Nações Unidas no ano de 1945, uma grande influência política internacional deu origem a criação de diversas convenções internacionais com o objetivo de combate às drogas, tais como, a Convenção Única sobre Entorpecentes, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Tais convenções deram origem ao controle

²⁷ Decreto nº. 2.994, de 17 de Agosto de 1938. Disponível em

http://www.anvisa.gov.br/legis/decreto_lei/891_38.htm. Acesso em: 15 de nov. 2018.

²⁸ MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006*. [on line]. Disponível em:

http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 16 de nov. 2018.

mundial antidrogas²⁹. A conclusão dessas Convenções foi que a repressão deveria ser através da pena privativa de liberdade, de preferência.

Com relação a Convenção Única sobre Entorpecentes, no ano de 1961, foi onde deu início ao sistema internacional de controle direcionado a produção, comércio dos estupefacientes e distribuição, chegaram à conclusão que os países signatários deveriam agrupar tais medidas de proteção. De acordo com a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, no ano de 1971, pelas Nações Unidas, houve a incorporação de mais uma droga ao rol das drogas narcóticas, as drogas psicotrópicas. Tais drogas também tinham os efeitos danosos, objetivando o controle pelo Estado. No ano de 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, atualmente mais conhecida como Convenção de Viena, aumentou o controle internacional antidrogas e determinou que a coação às drogas era uma responsabilidade global.

Com o Golpe Militar de 1964 e a Lei de Segurança Nacional, ocorreu uma mudança do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal. Em tal época, o consumo de drogas, mais especificamente as drogas psicodélicas, tal como o LSD, foi associado aos movimentos pela liberdade e às manifestações políticas democráticas.

DO DECRETO 385/68 A 1976: O MODELO PENAL INDIFERENCIADO

Todavia, a partir da década de 70, instituía-se um novo sistema pela política criminal antidrogas brasileira, onde defendia que para uma dada harmonização da sociedade seria essencial uma lei penal opressora, alcançando, assim, o controle social desejado.³⁰

²⁹ SILVA, Marco Aurélio da. Política Pública Carcerária: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas. cap. 2, p. 239-240. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: .Acesso em: 09 abril 2018.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 25

O Código Penal Brasileiro de 1942, ainda em vigor na época, trazia em seu Art. 281, a diferença entre tráfico e consumo, da mesma forma ocorria no Decreto de 20.930, de 1932. Porém, esse dispositivo foi modificado posteriormente pelo Decreto (385/68), ocorrendo a equiparação do usuário ao traficante. Isto é, o usuário e o traficante eram penalizados de formas idênticas.

Logo em seguida a esta sequência de leis e decretos, alcançou-se a lei 5.726/71, que modificou o Código Penal vigente, quanto ao seu artigo 281 e respectivos parágrafo nos mesmos moldes do decreto 385/68, impondo um sistema penal próprio, de rito sumário, e que seria apenas subsidiado pelo Código de Processo Penal.³¹

No ano de 1971 a Lei 5.726 trouxe o entendimento de que a problemática das drogas era de toda a sociedade e inovou trazendo a premiação para as denúncias. Ainda falando da Lei 5.726, outro ponto importante foi a equiparação entre traficante de drogas e usuário, trazendo a pena privativa de liberdade com até 6 anos, além do que também trouxe apresentou a tipificação da quadrilha constituída por duas pessoas.³²

DA LEI 6. 368/76 A 2006: O MODELO PENAL DIFERENCIADO

Em 1973, o Brasil começou a fazer parte do Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos e a partir daí editou a Lei 6.368/1976, que diferenciou o “traficante” do “usuário”. Além do que, a lei fez menção a necessidade de um laudo toxicológico para comprovar o consumo de drogas.

Em 1976, foi editada a Lei nº 6.368, onde criminalizava o porte de drogas, sem diferenciar, ainda, o usuário do traficante. A disposição dos seus artigos foi feita da seguinte maneira: Arts. 1º a 11 tratava da prevenção, tratamento e recuperação

³¹ BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

³² A lei antidrogas no Brasil: Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29754/a-lei-antidrogas-no-brasil/2>>. Acesso em 12 de dez 2018.

(Capítulos I e II), enquanto que nos Arts. 12 a 19 relatava sobre os crimes e penas (Capítulo III) e, finalmente, nos Arts. 20 a 35, descrevia os procedimentos criminais a serem adotados para tais infrações (Capítulo IV), acompanhado, logo em seguida, das disposições gerais (Capítulo V).³³

O Art. 16 da Legislação em questão, por exemplo, penalizava o usuário a detenção de 6 meses a 2 anos, sem prejuízo do pagamento de multa no valor de 20 a 50 dias-multa:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.³⁴

Conforma a Lei 6.368/76, Ricardo Rodrigues Gama defende que:

Foi um progresso, sendo atestada pelo longo tempo de vigência. Desta forma, ressalta, ainda que tal norma conseguisse atingir o objetivo de sua época ao iniciar a política de prevenção e repressão das práticas de tráfico e uso de drogas.³⁵

Porém, este não é o mesmo entendimento de Bonjardim e Maciel. Segundo as autoras:

Destarte, a nova lei detinha-se da mesma forma que a anterior à detenção, à prevenção e à punição ao uso de drogas. A diferença mais gritante entre a nova lei e a anterior seria em respeito aos crimes e as penas, disciplinados agora no capítulo III da lei 6368/76. Enquanto a lei antiga penalizava da mesma forma tanto o tráfico quanto o consumo, a nova lei agravou a pena para o traficante e abrandou a mesma em relação ao usuário. Porém continua tão repressiva e tão confusa quanto a anterior, não contendo em seus dispositivos uma definição razoável do que a vem a ser traficante, ou seja, como diferenciar o usuário do traficante? Em que circunstâncias esta lei não dará margens às injustiças sociais que são cometidas reiteradamente

³³ Lei 6.368. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 09 de dez 2018.

³⁴ Lei nº. 6.368, de 21 de Outubro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 10 de out. 2018.

³⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas. Lei nº 11.343/06 Comentada*. Campinas: Russel Editores, 2006, p. 26.

em nosso país, condenando pessoas de bem, cujo único erro é o consumo de drogas. Esta lei já nasce com o peso de substituir então uma lei inexecutável pelas suas proposições; nasce sem muita discussão legislativa em virtude do seu caráter de urgência; nasce sem preocupação com a problemática social; nasce propondo-se a tentar resolver o problema das drogas, sem proporcionar meios de fazê-lo.²³

A Constituição Federal de 1988³⁶ considerou o tráfico de drogas como crime inafiançável e sem anistia, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XLIII, direcionando a uma intensa repressão criminal e encarceramento. Também fez a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos (regulados pouco tempo depois na Lei 8.072 de 1990).

No ano de 2002, com a promulgação da Lei nº 10.409, em 11 de janeiro, buscou-se substituir a anterior sobre o tema – Lei nº 6.368/76, contudo sem obter êxito. Isso aconteceu porque a nova lei, foi alvo de vários vetos por parte do Congresso Nacional, evitando-se assim a progressão de novas perspectivas sociais.

Com a Lei 9.099, de 26 de setembro de 2005, no qual discorre sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previu-se a viabilidade de estipulação de penas alternativas àqueles crimes cuja pena máxima não ultrapassasse o limite de 02 anos. Sendo assim, tornou-se viável aos usuários utilizarem-se de tais benefícios, podendo transacionar com o Ministério Público, desde que o réu não fosse reincidente dentro do período de 5 anos.

Não tendo sido alcançado o seu objetivo, a lei vigorava em sua parte que não fora vetada – referente ao procedimento investigatório e processual (Capítulos IV e V) – juntamente com a antiga legislação – em sua parte material. Diante de tal impasse, surgiu a necessidade de se criar uma única lei que tratasse sobre o assunto, o que fez com que surgisse a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que, em seu Art. 75, revogou as normas anteriores.

LEI 11.343 DE 2006: O MODELO PENAL-EDUCATIVO

³⁶ Constituição Federal de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 10 de dez 2018.

A modificação da legislação até então vigente era desejada por grande parte dos juristas e operadores do direito, sociais e criminais, visto que a ênfase quase absoluta na repressão não resultara na eficácia preventiva almejada, e dava origem a diversos outros problemas sociais. Entre eles, vale ressaltar a marginalização social, a estigmatização e o crescimento desordenado do sistema penal.

Entretanto, com relação a ênfase mediática que aconteceu no momento de sua promulgação, por não existir previsão legal com pena privativa de liberdade aos usuários, do ponto de vista político – criminal e jurídico-penal o novo diploma não representou um avanço legislativo de grande importância.

A Lei 11.343/2006, conhecida como a Nova Lei de Drogas, que trata sobre a política de drogas no Brasil, tipifica algumas condutas relacionadas às substâncias entorpecentes, considerando absolutamente inadmissíveis sua venda, produção ou consumo em território nacional.³⁷ Trata-se de norma penal em branco, já que a nomenclatura de substância ilícita vem por via administrativa, através de órgão governamental (Anvisa), que possui o controle sobre a regulamentação do tema em todo o território nacional.

Para a lei, não existe droga com um grau maior ou menor de periculosidade, todas são perseguidas penalmente, embora o próprio estudo científico considera que o poder de causar dependência do *crack*, por exemplo, é consideravelmente maior do que o da maconha. Sendo drogas, temos que ter o mesmo tratamento para todas elas. Entretanto, quando nos referimos ao tratamento que se dá às drogas lícitas, a conduta da legislação penal é coberta de incoerência, visto que, o álcool e o tabaco são igualmente drogas, de modo que não se justifica, sob o critério da legalidade, o tratamento desigual.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 28 de nov. De 2018.

Ao definir o perigo abstrato da droga, o legislador teve o cuidado de considerar as experiências e valores sociais próprios de cada sociedade, mas é óbvio que sofre influência de modelos externos. No Brasil, a opção pela proibição das drogas agora ditas ilícitas adveio de um contexto muito mais amplo, de caráter externo, que restaura a meados do século XIX e que tem nos Estados Unidos seu precursor.³⁸

A questão é que o perigo das drogas ilícitas é tão nocivo quanto o das drogas lícitas. E apesar de incansável a busca por explicações para a proibição de algumas drogas, mas não de outras, tal explicação nunca teve um bom argumento.

O art. 28 da Lei de Drogas discorre sobre o porte de substâncias entorpecentes para consumo próprio, o que diferencia do tráfico de drogas no que se refere ao elemento subjetivo do tipo. Além disso, é classificado na doutrina como crime de perigo abstrato e o objeto jurídico tutelado é exatamente o mesmo do tráfico de drogas, a saúde pública. Consta-se que a proteção jurídica não abrange o indivíduo, a saúde individual, mas, sim, sobre a saúde pública. Isso porque ainda vigora a presunção normativa de perigo sobre a conduta de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer droga consigo*.³⁹

O artigo 28, caput, da nova Lei de Drogas⁴⁰ enumera as condutas de adquirir guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Tem como sanção penal advertência sobre o uso das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Sendo assim, o artigo 28 trata de condutas cometidas pelo consumidor de drogas e que não pode ser encarcerado por suas condutas, buscando, assim, a

³⁸ RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, Henrique (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: PUCMinas, 2005.

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Tráfico de drogas e constituição**. 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 28 de nov de 2018.

⁴⁰ Lei de Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 12 de dez 2018.

recuperação do usuário.

Com relação ao usuário de drogas na nova Lei de Drogas, é importante expormos o entendimento de Guilherme de Souza Nucci⁴¹, de que a lei de drogas não cabe mais sanção com pena privativa de Liberdade, diferente do código anterior, que em seus próprios termos, o Decreto-Lei n. 2.848, de 7-12-1940:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O prevalecimento da presunção de perigo no art. 28 da lei em questão reporta à ideia de que a presença de drogas no convívio social será perigosa à saúde pública, de modo que não é possível considerar que a droga perca sua periculosidade ao ser transferida das mãos do traficante às do usuário. Por esta razão, o porte é criminalizado, e não o consumo.

É importante mencionar que o artigo 28 não pune o consumo, mas o adquirir, o guardar, o ter em depósito, o transportar ou o trazer a droga consigo para consumo pessoal. A sanção ao consumo seria, segundo Roxin,⁴² uma intervenção penal sem cabimento algum na esfera pessoal do indivíduo, visto que, ao fazer uso de drogas, estaria o usuário autolesionando sua saúde física e mental de forma consciente, o que não pode ser alcançado pela lei penal, até porque a sua intenção é de proteger contra os ataques alheios, e não de si mesmo.

Destarte, ao aplicar uma sanção as condutas expressas nas condutas tipificadas, que, aliás, também se fazem presentes no art. 33 da Lei de Drogas, o legislador, no mínimo guarda coerência, na medida em que o fundamento à punição do porte de drogas

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais – comentadas*. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2010. Pag 337.

⁴² ROXIN, Claus. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista das Tribunais, 2013.

para consumo pessoal é a periculosidade da conduta, disseminada na concepção normativa da periculosidade (o mesmo fundamento do tráfico). Não se pode reconhecer a presunção de perigo das drogas quando refere-se ao tráfico, e não existir tal presunção quando estamos nos referindo ao consumo de drogas.

No que se refere ao equilíbrio em sentido estrito vinculada às penas determinadas a infração, não se assimila medida excessiva por parte do legislador. Contrariamente, são proporcionais as penas de prestação de serviços à comunidade, medidas educativas e advertência, uma vez que são harmonizadas com a gravidade da conduta, que, conforme de Nucci ⁴³, “não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo”. Nesse seguimento, a ocorrência da despenalização do porte de droga para consumo pessoal que promoveu o art. 28 da Lei 11.343/2006, no entendimento de Nucci, apresenta-se conforme os preceitos da Convenção de Viena de 1971, sobre substâncias psicotrópicas, onde preconiza um tratamento mais ameno aos consumidores de drogas, o que evidencia a adequação da norma no que se refere a aplicação das penas.

Entretando, a crítica feita com relação ao art. 33 no que se relaciona à falta de critérios objetivos referidas a diferenciação entre consumidores e traficantes há de ser repetida também no artigo 28. As circunstâncias e critérios particulares que encontramos no 2º parágrafo do artigo são, ocasionalmente, muito subjetivos e de grande complexidade no contexto do processo. Depois de mais de dez anos da edição da referida lei, ainda existe muita discussão sobre o que podemos considerar como pequena ou grande quantidade de drogas. No Brasil, a jurisprudência inclina-se a ser mais tolerante com a maconha do que com o crack e a cocaína, possibilitando que mesmo em quantidades maiores da droga na posse do consumidor reconheçam como sendo para uso pessoal. Porém, não tem como deixar de reconhecer como cabível a crítica ao art. 28 feita por Carvalho, onde chama a atenção ao princípio da proporcionalidade a intenção específica “para consumo pessoal” é um elemento subjetivo da ilicitude que separa o consumidor do traficante, o crime de tráfico ou produção de drogas é punido

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pag 233.

pelo art. 33 (5 a 15 anos de reclusão).⁴⁴

Em contrapartida, a Lei 6.368/76 previa no artigo 16, pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de prisão para o crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Já no ano de 2006, a Lei 11.343, Nova Lei de Drogas, modificou as sanções destinadas à conduta em questão. Isto é, com o intuito de flexibilizar a punição estatal aos consumidores de classe média e alta, a Lei nº 11.343/06, buscou a despenalização do consumidor, prevendo sanções diferentes das privativas de liberdade.⁴⁵

A política brasileira de combate às drogas se identificou pelo alto grau de repressão aos traficantes, não aos consumidores, que passaram a ser objetos de uma política sanitária de recuperação dos usuários em geral.

Todavia, mesmo que o tratamento dado ao usuário de drogas tenha se tornado flexibilizado pela Nova Lei de Drogas, Lei 11.343/06, abrandando as consequências penais dos consumidores, Pierpaolo Botinni afirma que a lei “*mantém o desvalor penal do comportamento, não retira sua natureza delitiva, nem o caráter estigmatizante da incidência da norma penal*”⁴⁶. Como consequência do tratamento no âmbito da matéria penal dado ao caso, a conduta continua moldada como delito, o autor menciona que há uma “*intensa reação social informal sobre os consumidores de entorpecentes, dificultando sua recuperação e submetendo-os a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria Justiça*”⁴⁷.

A Nova Lei de Drogas, incontestavelmente, tem uma tendência prevencionista e busca a reinserção do usuário de drogas na sociedade, punindo severamente o traficante de drogas. Segundo Luiz Flavio Gomes:

A partir da nova legislação criou-se o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, onde sua tarefa é articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira concernente à prevenção

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁵ Ibid., p. 242.

⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 29-30. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 27 de set. De 2018.

⁴⁷ Ibid., p. 15.

do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.

Conforme a lei em questão, em seu Art. 28, o legislador viu a necessidade de retirar a pena de prisão, e punir o usuário com medidas distintas da preventiva de liberdade, tais como tratamentos ou advertência sobre os efeitos da droga. Em razão disso, levantou-se na doutrina uma discussão acerca da despenalização ou descriminalização da conduta, matéria esta, que será debatida posteriormente.

Obter uma política nova sobre o consumo de drogas é fundamental para a reversão do quadro da atualidade brasileira. Os jovens são os maiores afetados às consequências do proibicionismo, da criminalização do consumo e da repressão, elementos que são baseadas as políticas públicas relacionadas ao tema. O principal efeito desse dialético é o encarceramento em grande número de jovens que se envolvem com substâncias psicoativas, no que diz respeito aos usuários e jovens envolvidos de alguma forma com o tráfico de drogas.

A sociedade brasileira dos tempos atuais carrega consigo vários problemas dos tempos antigos, na esfera política, social, econômica, ético e jurídico. Essas indagações trouxeram o governo a se preocupar em pesquisar, planejar e até mesmo criar mecanismos para enfrentar tais problemáticas, não só com relação ao uso de drogas, como também com problemas de violência contra as mulheres, racismo, discriminação e até mesmo os problemas da exclusão social que atingem profundamente toda e qualquer sociedade moderna.

Neste seguimento, Bucci⁴⁸, esclarece que as políticas públicas são definições estabelecidas como programas de ação governamental, das quais para a sua criação existem elementos processuais que sustentam a sua formação, isto é, trata-se de um programa que o resultado depende da regulação de um conjunto de processos ou até mesmo de um processo.

⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

De acordo com Liberati ⁴⁹:

As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais, e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas.

As políticas públicas pretendem, na maior parte dos casos, garantir a proteção e a eficiência dos direitos fundamentais, englobando procedimentos jurídicos e políticos para a implantação desses direitos, garantidos pela Constituição Federal. ⁵⁰

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) surgiu através da lei 11.343/06 e deu ênfase as garantias fundamentais da pessoa humana. O SISNAD está vigorando há anos. Destarte, existe uma real necessidade de avaliar a sua eficácia no combate às drogas, igualmente expor as suas medidas e instrumentos, a julgar pela falta de conhecimento por parte da população.

Os princípios do SISNAD são, conforme o artigo 4º:

Artigo 4º - São princípios do SISNAD:

- I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção

⁴⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013. Pag. 84.

⁵⁰ FONTES, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013.

não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do SISNAD;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - CONAD.⁵¹

Já o artigo 5º relata o desejo de contribuir com a proteção dos vulneráveis e para a inclusão social, também faz referência da ameaça de adotar comportamentos que acarretem o consumo impróprio de drogas ou o tráfico ou até mesmo que nasça outras condutas parecidas, implementando como propósitos.

Tal sistema confirma a indispensabilidade da colaboração entre os poderes públicos na execução de procedimentos para prevenir o consumo de drogas. Neste seguimento, de acordo com o artigo 7º, estabelece que o SISNAD garanta a execução descentralizada das atividades que são realizadas e a orientação central, em todo o país e se estabelece como questão definida no regulamento desta Lei.

Conforme o Sistema Nacional de Políticas Públicas, em seu artigo 3º, o SISNAD defende que o seu objetivo é de integrar, organizar e articular as incumbências intimamente ligadas em prevenir o consumo de drogas de forma indevida, assim como, introduzi-los na sociedade da melhor forma. Consoante o artigo 1º, existem medidas e estão especificadas no artigo para garantir a prevenção do consumo indevido.

52

⁵¹ Site do Planalto com toda a atualização legislativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 30 de dez 2018.

⁵² Ibid.

Renato Marcão, alega que a Resolução nº 03, de 27 de outubro do ano de 2005, onde aprovou a Política Nacional sobre Drogas, deliberou como requisitos e objetivos:

Buscar incessantemente atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas ilícitas; reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada; tratar de forma igualitária sem discriminação as pessoas usuárias ou dependentes de drogas ilícitas ou lícitas; [...].⁵³

Essa resolução também ofereceu procedimentos para prevenir o consumo das drogas que o SISNAD, por meio do CONAD (Conselhor Nacional de Drogas) deveria adotar, especificamente, a parceria de vários seguimentos da sociedade, do Governo Federal, Governo Estadual, juntamente com os seus municípios, com o ideal da responsabilidade compartilhada por todos com a criação de meios para buscar a melhoria de vida e da saúde de todos os envolvidos.

Outro tipo de conduta evidenciada é a integração de processos que avaliam de forma contínua essas ações preventivas do Governo, constatando as particularidades de cada região.

Além do SISNAD, também houve um projeto da Secretaria do Estado do Rio de Janeiro, as UPP'S (Unidade de Polícia Pacificadora) e que hoje é considerado um dos projetos mais importantes no combate ao tráfico de drogas, projeto implantado no fim de 2008.⁵⁴

Desta forma, desde de que a lei entrou em vigor, as ações do Governo vêm empenhando-se para colocar em prática os objetivos do SISNAD, porém, também enfrentando objeções nos consumidores e nos Órgãos do Governo, na causa principal, que é o combate ao consumo de drogas ilícitas. Possuem alguns casos em que o governo

⁵³ MARCAO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006- Lei de Drogas 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 35.

⁵⁴ UPP, Disponível em: < http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp >. Acesso em 10 de dez de 2018.

exerce ações mais ativas para o controle do consumo de drogas, como exemplo, a internação de forma compulsória.

Tal internação é uma medida ativa que prioriza o tratamento dos dependentes químicos, estabelecida pela Lei 10.216/01. Esse tipo de tratamento tem se mostrado como sendo o mais eficiente, internação em clínicas especializadas, pois lá existem tratamentos mais específicos e a maioria dos tratamentos são de longo prazo, onde muitas vezes, não permitem a saída dos que estão em tratamento. Contudo, a lei diferencia a internação voluntária da compulsória.

Na voluntária, como o próprio nome diz, quem busca o tratamento, solicita a sua internação, devendo, no momento da aceitação, assinar um documento onde declara a sua vontade de fazer esse tratamento e o tratamento chega ao final com a solicitação do médico que o acompanha ou do próprio paciente. Contudo, uma internação voluntária pode passar a ser involuntária, fazendo com que o paciente só saia com autorização prévia.

A internação involuntária acontece sem o consentimento do próprio paciente, acontece geralmente a pedido dos familiares ou do Ministério Público da União (MP). Quem faz o pedido de internação preenche um documento por escrito e tem que ser aceito pelo psiquiatra. A referida lei estabelece que os responsáveis técnicos do lugar onde aconteceu a internação do paciente possuem um prazo de até 72 horas para informar o estado de saúde do paciente e os reais motivos para a internação. Esse prazo existe para evitar que exista a possibilidade de que a internação seja utilizado para o cárcere privado. Já na internação compulsória, não existe a necessidade de autorização da família, pois é determinada pelo juiz, após um pedido formal feito pelo médico psiquiatra. Posteriormente o juiz contará com a ajuda de um laudo médico, por médico especializado, para levar em conta as condições do estabelecimento, quanto a proteção do paciente internado, dos funcionários do local e até mesmo dos outros pacientes do local.

A regularização teórica do tratamento dessas políticas públicas contribuem para a formação de métodos de organização, assim como, a estruturação do Poder Público aptos para a melhoria dos procedimentos. Também aceleram a

modernização e diminuem a desigualdade.⁵⁵

Obviamente, o Brasil possui grandes problemas de cunho social, mesmo tendo apresentado uma relativa melhoria nas condições de vida nos últimos tempos. A problemática do aumento do consumo e do tráfico de drogas no país traz preocupação por causa de suas consequências à sociedade de forma geral. Sendo assim, tem grande relevância jurídica o estudo do tema e das políticas públicas que combatem o tráfico e o consumo de drogas.

Uma nova direção sobre droga deve ser voltada para um raciocínio que pretende analisar o problema da toxicodependência levando em conta uma ótica social e de saúde desassociado de uma lógica criminal.

Essa nova lei originou-se de um processo legislativo que teve início no ano de 2002. Tal dispositivo legal seria voltada na prevenção e reinserção social dos consumidores de substâncias ilícitas, com o objetivo principal de tirá-los do sistema da justiça criminal e levá-los para o sistema de saúde.

O principal sistema normativo sobre o tema que estamos abordando é o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, Lei 11.343/06, que determina quais são as normas para tratamento dos consumidores/dependentes e principalmente para a repressão ao tráfico, assim como também tipifica os crimes que estão ligados à droga, com suas devidas sanções.

Em razão de que a lei não especifica as quantidades das drogas para diferenciar consumo de tráfico, essa análise fica na responsabilidade da polícia, visando critérios subjetivos, tais como, classe social, faixa etária, território encontrado, entre outros.

Pesquisa divulgada em 2013 pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e pela Fiocruz mostra que, entre os usuários de crack detidos no ano anterior, 13,9% dos casos eram devidos ao uso ou posse de drogas e, 9,2%, a furto ou roubo. Apenas 5% das detenções

⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag 37.

estavam associadas ao tráfico ou produção de drogas. Ainda segundo o mesmo estudo, esse contingente é caracterizado por jovens, homens, negros e pouco escolarizados, geralmente em situação de grande vulnerabilidade social. Assim, no Brasil e em outros países, percebe-se que a “guerra às drogas” afeta, sobretudo, a parcela da população que está mais vulnerável ao problema. Trata-se, na realidade, de uma guerra contra as pessoas.⁵⁶

Entretando, o Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas (CONAD) aprovou uma resolução (março de 2018) que retrocedeu com relação ao tema, pois aplica a abstinência como sendo o tratamento exclusivo para o consumidor. Ademais, as políticas já existentes colocam o crack como sendo a droga que mais precisa ser combatida, isso porque ela possui uma suposta potencialidade destrutiva.

Conforme publicação do Ministério da Justiça, através de uma pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz em 2016, onde relata números preocupantes de um estudo feito nas principais capitais do Brasil de consumidores de crack. O estudo apontou que existiam 370 mil usuários, onde 80% deles são homens, a grande maioria são com baixa escolaridade, negros e de baixa renda, com idade aproximada de 30 anos.⁵⁷ Esses dados mostram a importância da discussão do tema em questão.

Sendo assim, o problema da toxicodependência não deve ter foco em apenas um tipo de droga, isto porque o consumo está ligado às condições subjetivas e objetivas dos usuários. Regularmente a dependência está relacionada a um histórico de ausência de direitos sociais.

É de fundamental importância pautar a regulação do consumo, a produção, comercialização e industrialização de todas as drogas ilícitas, para inibir o tráfico de drogas e por fim, garantir que essas discussões sejam tratadas embasadas nos direitos humanos, na liberdade de cada um e na saúde pública.

⁵⁶ Novo Modelo de Política Sobre Drogas. Disponível em <http://juventudescontraviolencia.org.br/plataformapolitica/quem-somos/eixos-programaticos/novo-modelo-de-politica-sobre-drogas/>> Acesso em: 29 de nov 2018.

⁵⁷ FioCruz Apresenta Resultados de Pesquisa Sobre Crack e Exclusão Social. Disponível em: < <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-apresenta-resultados-de-pesquisa-sobre-crack-e-exclusao-social> > Acesso em: 29 de nov. 2018.

Uma lei, portanto, que deveria estar em acordo com a “média de conhecimento da Casa”, conforme disse outro deputado na formulação da lei. E essa média aritmética de que “pra descer tem que subir” apropriou-se do paradigma da redução de danos para, num mesmo movimento político, aumentar a pena para o tráfico de drogas, mantendo, ainda, a criminalização do porte para uso de drogas (capítulo III da Lei n. 11.343. de 2006). Nesse sentido, os avanços pretendidos com a entrada de um referencial médico na lei foram somente discursivos. A inovação foi meramente ocasional e acidental na velha lógica da política criminal brasileira de coexistência entre pouca moderação e muita severidade do poder de punir. Foi o que permitiu coadaptar o saber médico junto com o saber jurídico-criminal, de modo que, para diminuir um pouco a punição para o usuário de drogas, aceitou-se aumentar o tempo do sofrimento por meio da centralidade da pena aflictiva de prisão para o comerciante. Definiu-se o todo (as inúmeras questões sociais, culturais e políticas que envolvem o uso e o comércio de substâncias consideradas ilícitas) pela parte de sempre, a pena de prisão. O nó já havia sido dado.⁵⁸

Quando falamos do aspecto criminal, surge o um conceito político onde reitera o plano proibicionista e repressivo com relação a política contra às drogas, pois houve um aumento relativo da pena privativa de liberdade para o crime de tráfico. Esse protótipo de plano proibicionista e repressivo veio através da “Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção de Viena (1988)”.⁵⁹

Já o outro aspecto, está interligada ao consumo de drogas, com o fim da pena privativa de liberdade ao consumidor de drogas. O término da previsão legal da pena de prisão do consumidor no Brasil foi aprovado mediante o âmbito de crescimento das “políticas de redução de danos”, em seguida a uma expansão como modelo seguido por alguns países do Norte (entre as décadas de 80 e 90), por exemplo, o Canadá. Esses países tinham o objetivo de abordar o consumidor focados na prevenção.⁶⁰

Portanto, com a combinação do paradigma proibicionista com a

⁵⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. A Atual Política de Drogas no Brasil: Um Copo Cheio de Prisão. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/a-atual-politica-de-drogas-no-brasil-um-copo-cheio-de-prisao/> Acesso em: 29 de nov. 2018.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ CAMPOS, Marcelo da Silveira. A Atual Política de Drogas no Brasil: Um Copo Cheio de Prisão. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/a-atual-politica-de-drogas-no-brasil-um-copo-cheio-de-prisao/> Acesso em: 29 de nov. 2018.

política de reparação de danos, que surgiu a política de drogas do Brasil, onde a junção dos dois paradigmas, uma provida de saber médico e a outra “transbordando saber jurídico-criminal. A consequência dessa junção de paradigmas foi um elevado aumento da população carcerária, saltando de 32.880 em 2005 para 146.276 detentos no final de 2013.⁶¹

O aumento da população encarcerada por causa das drogas deu-se pela falta de critérios objetivos, pois não existe uma quantidade determinada que diferencie o consumo do tráfico.

Por conta do tratamento desarmonioso dado ao tema em questão, é questionado se houve descriminalização ou despenalização da posse de drogas para o consumo. Na descriminalização tal conduta se torna penalmente sem relevância, havendo *abolitio criminis* e afetando-se a sua tipificação.

Já na questão da despenalização retira-se a previsão de pena privativa de liberdade, mantendo somente penas alternativas, como a restritiva de direito. Sendo assim, quando existe a descriminalização a conduta deixa de ser considerada criminosa, já com a despenalização continua a ser uma infração penal.

Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz demonstram que o objetivo da Lei 11.343/06 foi constatar uma imagem de que se avançou com a despenalização do consumo para uso com a abolição da pena privativa de liberdade. Vislumbra-se uma cortina de fumaça para que os objetivos de ampliação punitiva passem despercebidos.⁶²

Isso aconteceu porque, com a edição dessa lei, aumentou-se de forma considerável a pena privativa de liberdade para o tráfico de drogas.

Já para Luiz Flávio Gomes: A posse de drogas para consumo pessoal deixou de ser ‘crime’ (no sentido técnico), pois que a presente Lei teria retirado o

⁶¹ Ibid.

⁶² BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 316.

caráter de ilícito penal da conduta sem, no entanto, a legalizar.⁶³

Desta forma, conforme o autor, o legislador teria abolido o caráter considerado criminoso do consumo de drogas, mas continuando a ser um ato ilícito, contrário ao direito, por este motivo não se pode pronunciar que houve legalização e sim descriminalização.

Isaac Sabbá Guimarães não concorda com o entendimento do autor mencionado anteriormente, pois conforme o seu entendimento, “o legislador preferiu não enfrentar abertamente o problema político criminal sediado em torno do dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização”. Entretanto, “ao manter o crime de posse para uso pessoal na nova Lei Antidrogas, o legislador realizou um discurso subjacente de desjudiciarização”, tendo em vista que quem pratica este ato ilícito não é mais obrigado às solenidades formais e processuais na presença do Juiz, “confirmando, portanto, a tendência já verificada com a absorção da espécie pela Lei dos Juizados Especiais, e de despenalização”, já que as sanções previstas ao infrator não se coadunam com as tradicionais do direito penal que visam, pelo menos em tese, a ressocialização do indivíduo.⁶⁴

Analizando as medidas penalizadoras do artigo 28 da Lei de Drogas, o autor conclui que :

política criminal titubeante e incoerente: por um lado, há medidas despenalizadoras e desjudiciarizantes, tendentes para um horizonte de descriminalização das condutas relacionadas com o uso de droga; por outro lado, há a ameaça de punição típica da política criminal de criminalização para os casos de descumprimento das medidas educativas⁶⁵

Nesse mesmo entendimento, Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz entendem pela despenalização da posse de drogas para

⁶³ GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108. apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 27.

⁶⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. 335 p.

⁶⁵ Ibid.

consumo pessoal, visto que “a lei tratou, formalmente, o uso de droga como crime”, não existindo necessidade de que a lei tenha uma punição com pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva para que a conduta seja considerada como criminosa.⁶⁶

José Mariano Beltrame já afirmou ser a favor da descriminalização das drogas, deixando de considerá-la assunto de polícia para que passe a ser assunto de saúde pública. Contudo, Beltrame defende que existe grande necessidade de regulamentação e fiscalização da produção e comércio de entorpecentes após a sua legalização.⁶⁷

2. QUESTÕES DOGMÁTICAS E CONSTITUCIONAIS DO REGIME VIGENTE.

O artigo 28 da lei 11343/2006 criminaliza condutas do usuário de drogas, sob o ponto de vista da proteção à saúde pública.

A maioria da doutrina entende pela inconstitucionalidade do artigo, alegando que tal artigo fere princípios básicos da Constituição Federal. A questão está pendente no Supremo Tribunal Federal. Analisam-se a seguir os argumentos da controvérsia.

O BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO CRIME DO ARTIGO 28.

Outro tema de suma importância e que é muito abordado pela doutrina

⁶⁶ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 44.

⁶⁷ CARRIÇO, Ernesto. Beltrame defende legalização das drogas e desmilitarização da polícia. *O DIA*, 20 set. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-09-20/beltrame-defende-legalizacao-das-drogas-e-desmilitarizacao-da-policia.html>>. Acesso em: 27 de nov. 2018.

em geral está ligado ao bem jurídico tutelado pela Lei 11.343 de 2006, em seu artigo 28. Existem dois posicionamentos com relação ao tema, há quem defenda que o objeto tutelado seria a proteção à saúde individual, tendo em vista que o consumo de entorpecentes somente causa danos à saúde de seus usuários. Mas a grande maioria dos juristas defendem que o objeto tutelado é a saúde pública.

Com relação ao bem jurídico de simples posse do consumidor “Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos.”⁶⁸

Pierpaolo Bottini, no que se refere a saúde individual, entende que se considerarmos que o bem jurídico tutelado pela norma em questão é a saúde do usuário de drogas, a tutela penal somente é legítima “em casos extremos de lesão irreversível de bens jurídicos indisponíveis, mesmo com consentimento de seu titular”, como na proteção à vida ou integridade física. Porém, em casos como esses, a punição não é dirigida ao titular do bem jurídico afetado e sim ao terceiro que pratica ou colabora com o ato.⁶⁹

Destaca-se que não se nega a grande relevância de se impossibilitar o acesso do usuário à droga, como forma de preservação de sua integridade psíquica e física. Todavia, não se pode proteger um bem jurídico considerando como criminoso o seu próprio titular. Isto é para Pierpaolo, “incompatível com um sistema pautado pela dignidade humana”⁷⁰. Por tais argumentos, afasta-se a “legitimidade do uso do direito penal para inibir o consumo de drogas, pela perspectiva da saúde individual”⁷¹.

Conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, o bem jurídico que o artigo 28 da Lei de Drogas objetiva proteger é a saúde pública. Nesse sentido, comprovam que “a deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas

⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº. 6.368, de 21- 10-1976*, acompanhado da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 440 p.

⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 19-21. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2018.

⁷⁰ Ibid., p. 21-23.

⁷¹ Ibid., p. 26.

põe em risco a própria integridade social”. Também defendem que “o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga”, contudo, para a configuração do delito não se exige a concretização do dano, sendo o delito de perigo abstrato⁷².

Em relação ao ponto de vista de que o dispositivo em questão objetiva à proteção da saúde pública, Pierpaolo aponta a sua ilegitimidade, alegando não ser possível limitar a “liberdade do cidadão para combater comportamentos de outros, sobre os quais ele não tem domínio”. Esse entendimento estabelece, na visão do autor, violação ao princípio penal da culpabilidade, na medida em que só se pode punir o comportamento que pode ser controlado pelo autor. Sendo assim, como o consumidor da droga não detém qualquer intervenção sobre o comportamento do traficante de drogas, não tem como ser aplicada a ele a sanção penal. Nessa perspectiva, Pierpaolo relata que o que acontece é a utilização da “sanção no usuário diante da dificuldade de encontrar, investigar e condenar o verdadeiro culpado – no sentido dogmático – pela violação à saúde pública: o comerciante de produtos ilícitos”.⁷³

Contudo, se levarmos em consideração que a finalidade do artigo 28 da referida Lei de Drogas é a proteção da saúde pública em razão da periculosidade do usuário de drogas, tal tese também é rejeitada por Pierpaolo. Esse argumento é contrário ao princípio da ofensividade, tendo em vista que o direito penal somente poderá penalizar aquele que de forma voluntária se tornou inimputável quando este praticar ato criminoso posterior. Por isso, “não se justifica a punição do uso de drogas pela possível prática de crimes posteriores, o que não impede a punição por estes últimos, se cometidos”.⁷⁴

Desta forma, defende-se que o uso de drogas para consumo pessoal é um delito que não possui vítima, já que a conduta teria apenas capacidade de constituir apenas autolesão, sendo próprio da liberdade de cada pessoa decidir pelas próprias

⁷² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel *Lei de drogas anotada*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 27 - 28. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2018.

⁷⁴ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 42.

ações que somente a ele geram consequências. Sendo assim, o entendimento dos autores é que, o dispositivo que incrimina a posse de drogas para uso pessoal não protege bem jurídico algum e muito menos é medida eficaz para a proteção da saúde pública.

Como consequência, o artigo 28 da Nova Lei de Drogas fere o princípio da lesividade, que determina, de acordo com Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz, que:

Só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto de direito penal.⁷⁵

Porém, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a incriminação de drogas corresponde a saúde pública como sendo o bem jurídico tutelado em questão, como se observa do julgado⁷⁶:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTRADIÇÃO: ESPANHA. TRÁFICO DE DROGAS. DEFESA: SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE

LIMITADA: Lei 6.815/80, art. 85, § 1º. I. - Extraditando processado pela Justiça da Espanha, pelo delito de crime contra a saúde pública -- tráfico de drogas, no Brasil -- tendo sido expedido contra o mesmo mandado de prisão. [...] III. - Extradicação deferida.

Consequentemente, parece haver consenso na jurisprudência e na literatura penal com relação ao bem jurídico da proibição de uso e venda de drogas ilícitas. Porém, se a incriminação de drogas não oferece benefícios, ao menos comprovados, para a saúde pública, havendo talvez mais causas que demonstram prováveis danos à saúde pública; então porque esse é bem jurídico tutelado?

⁷⁵ Ibid., p. 45.

⁷⁶ TRIBUNAL PLENO. EXT 877 EP. Rel Ministro CARLOS VELLOSO, julgado em 22/10/2003, Dj 12/12/2003 PP-00063 EMENT VOL-02136-01 PP-00013.

Bem entendido pela literatura penal, encontramos o princípio da legalidade como base das liberdades individuais. Entretanto, este princípio “anda lado a lado” com o princípio de evidência.

Na medida em que a punição está intimamente ligada a causalidade de um ato a um tipo se afirma a presunção de legitimidade. Isto é, a presunção de legitimidade é o acontecimento de um perigo ou lesão material que torna claro a eficácia da norma. Esta eficácia está ligada a uma convicção que orienta uma ideologia repressiva de assinalar a culpa e exigir a pena.⁷⁷

Entretanto, o direito não só atua com o sentimento, atua com argumentos que conservam a autenticidade de suas normas. A racionalidade traz a legitimidade da principal norma ligando-se ao Estado: “Cai-se, assim, num círculo vicioso: legítimo é o que o Estado declara como tal por meio da legalidade, que por sua vez é racional, porque o Estado a declara como legítima.”⁷⁸

Sendo assim, no contexto da teoria do bem jurídico, todo esse processo funciona de modo primordial com aqueles que admitem uma teoria monista coletiva de bem jurídico ou mesmo uma teoria dualista. Porque nas duas hipóteses é possível legitimar a incriminação levando a uma aplicabilidade da norma para o Estado.

No entendimento de Tavares:

A discrepância entre os objetivos manifestos ou diretos e os ocultos ou latentes dá lugar à discussão em torno da questão da ilegitimidade das normas penais e da pretensão à sua legitimação simbólica. Na medida em que a doutrina busca enfrentar as dificuldades de uma racionalização das normas penais a partir de sua identificação com a legalidade, está claro que cada vez mais irá se valer de argumentos e objetivos simbólicos, os quais passam a se entranhar em toda produção jurídica.⁷⁹

⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*: o que se desvenda a partir da presunção

⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*: o que se desvenda a partir da presunção

⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. Disponível em <www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf> Acesso em: 28 de nov. De 2018. Pag.5-6.

de evidência. Dis
de evidência. Dis

A imposição de fugir da legalidade cria então finalidades simbólicas racionalizantes que acabam por explicar a norma.

O simbólico passa a fazer parte da argumentação, como meio pelo qual a doutrina se faz comunicar com a realidade, justificando as normas incriminadoras como obra de uma legalidade racionalizada. [...] O argumento simbólico se insere como um reforço da legalidade.⁸⁰

Portanto, é natural que no decorrer do processo o intérprete busque a validação da norma penal por meio de uma fundamentação da norma. Parece-nos bastante claro o nexos existente entre este processo de validação da norma e o bem jurídico da incriminação das drogas como saúde pública. De acordo com Katie Silene e Vítor Stegman Dieter:

Ora, em realidade a perspectiva sanitarista é apenas um dos planos pelo qual se articula o discurso de prevenção geral. Há, ainda, mais três planos pelo qual a Proibição se articula e, não obstante, estes aparecem obscurecidos pela perspectiva sanitarista. O motivo parece ser que a norma penal não pode se fundamentar numa perspectiva moralista, porque tal argumento é facilmente desmontado pelo princípio da lesividade. Não se pode fundar numa perspectiva de controle social, porque um direito penal do autor é fruto de severa crítica por estar em descompasso com os valores propugnados como a democracia e a busca pela igualdade. Não se pode fundar apenas numa perspectiva internacional porque ela existe apenas como desdobramento de um fundamento anterior, maniqueísta, funda-se, então, em um bem jurídico universalmente aceito – como é o caso da saúde pública.⁸¹

Incoerentemente, não existe correspondência entre seus objetivos declarados quando falamos no plano sanitarista. Pois, a origem de sua história não é a de prevenção e tratamento das drogas – apesar de que, por acaso, em alguns períodos tenha levado a uma diminuição importante do consumo de drogas. O plano sanitarista teve como sua base principal um louvor do saber médico por intermédio do Estado que

⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. Disponível em: <www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf> Acesso em: 28 de nov. De 2018. Pag.6-7.

⁸¹ SILENE, Katie Cáceres Argullo e STEGMAN, Vítor Dieter. Política Criminal das Drogas. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>> Acesso em: 28 de nov. de 2018. Pag. 15.

acarretou uma falsa concepção de um Estado paternalista. Em consequência, deu-se legitimidade ao Estado para agir na intimidade da vida das pessoas, fato este que antigamente, pelo forte discurso liberal e iluminista, seria quase impossível.⁸²

Nesse sentido, o autor apresenta feliz contribuição para a nossa análise. A análise dos textos demonstram outros objetivos que são “tão diversos quanto diversos os interesses das autoridades que os manifesta.”⁸³ Isto posto, conforme interesses e sentimentos da autoridade que se pronunciará os verdadeiros objetivos da legalidade. O julgador, entretanto, no impulso de simbolizar a carência de sua aplicação, quer exhibir os códigos como legítimos e inacessíveis. Remetendo a “*O Processo*” de Kafka, Tavares:⁸⁴

No fundo, os códigos do julgador do Sr. K são absolutamente ilegítimos, mas essa ilegitimidade é ocultada graças precisamente à sua legalidade, imposta pela autoridade. Não é à toa que os partidários do positivismo veem a validade de uma norma a partir de sua emissão por ato de autoridade.

Aparentemente a delimitação do bem jurídico saúde pública para as incriminações dos tipos de drogas (fabricação, tráfico e uso) é uma política criminal contra a democracia por ajustar-se aos objetivos ocultos da norma penal.

Entretanto, uma norma penal não pode dispor de objetivos ocultos:

En tanto que una política criminal democrática implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad.⁸⁵

⁸² SILENE, Katie Cáceres Argullo e STEGMAN, Vítor Dieter. Política Criminal das Drogas. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>> Acesso em: 28 de nov. de 2018. Pag. 15.

⁸³ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. Disponível em: <www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf> Acesso em: 28 de nov. De 2018. Pag.7.

⁸⁴ *Ibdi.*

⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; MALARÉE, H. H. *Lecciones de derecho penal*: fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid, v. 1, Trotta, 1997.

Não obstante, é preciso lembrar que por mais moralmente reprovável seja a conduta não pode ser penalmente reprovável só por tal motivo, em face do princípio da secularização. Consoante Salo de Carvalho::

[...] nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros.⁸⁶

Sendo assim, a conclusão é que enquanto a política proibicionista vai sendo aplicada, vitimizando simultaneamente traficantes e consumidores, não se debate o que de fato está fazendo a política, mas se ela minimiza ou não o consumo de drogas.

Na prática é plenamente possível a criação de um bem jurídico que tenha como fundamento a pretensão da saúde pública. Entretanto, estará sempre ligado aos mandamentos de uma política criminal democrática, ou seja, o tipo penal meramente pode ser de dano a um bem jurídico ou perigo concreto e o bem jurídico deve estar envolto pela Constituição Federal, assim como as leis internacionais de direitos humanos.

A QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28

As leis são presumidamente constitucionais, uma vez que produzidas pelo Poder Legislativo e logo após, sancionadas pelo Poder Executivo. Mas ainda existe uma grande discussão na doutrina e jurisprudência com relação a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006.

A grande maioria dos penalistas entendem que o objeto jurídico

⁸⁶ CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

protegido do art. 28 da nova Lei de Drogas é a saúde pública. Guilherme de Souza Nucci⁸⁷ defende que existe “objeto material e objeto jurídico: o objeto material é a droga. O objeto jurídico é a saúde pública.”

A questão acerca da constitucionalidade do crime de portar drogas para o consumo próprio sempre teve destaque nos tribunais e pelos juristas. Desde a lei 6383/76, em seu artigo 16 e na lei vigente 11.343/2006, artigo 28:

Art. 16 da Lei 6368/76: Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Art. 28 da Lei 11343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Podemos observar do artigo 28 da nova lei de drogas que existe a despenalização do delito de portar drogas para consumo próprio, pois a pena privativa de liberdade foi abolida.

O lugar da sanção repressiva que existia no código anterior foi ocupado pelo entendimento de que o melhor caminho é o da educação, não o da pena privativa de liberdade.⁸⁸

O legislador seguiu o entendimento internacional, fazendo com que o Estado cuidasse do consumidor de maneira preventiva e que disponibilizasse tratamento terapêutico no lugar da prisão. O legislador buscou o que foi acordado na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 21 de fevereiro de 1971 que foi aprovada pelo

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais* – comentadas. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2010. Pag. 344.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada. Juspodivm. 2ª ed. P. 687-688.*

Decreto Legislativo 90/72 e Decreto Executivo 79.388/77. Conforme o art. 22, alínea b⁸⁹:

Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20.

Quando a pena privativa de liberdade foi abolida da nova lei de drogas para o usuário, a doutrina passou a ter posicionamentos diferentes com relação a descriminalização ou não da conduta. Existe posicionamento defendendo a descriminalização, considerando a conduta como sendo uma infração penal sui generis⁹⁰, mas também existe o posicionamento como sendo uma infração penal judicial sancionador⁹¹.

Entretanto, esse entendimento não pode prevalecer, isto é, o art. 28 da Lei de Drogas é constitucional. Os juristas que defendem a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas usam dois argumentos. Um deles é o princípio da alteridade, onde defende que a previsão do artigo 28 da nova lei só viola a sua própria intimidade. O outro argumento é que a norma prevista no tipo viola o princípio da lesividade e ofensividade, porque não há lesão ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

O crime do tipo penal em questão não pretende tutelar a saúde do consumidor, se assim fosse, certamente que a norma seria inconstitucional por violar o princípio da alteridade ou transcendência, visto que seria o mesmo que punir o usuário por prejudicar a sua própria saúde. O que tutela o artigo 28 é a saúde pública, pois o que está sendo punido é o porte da droga, não o consumo em si, pois, a posse da droga já gera perigo para a saúde pública.

⁸⁹ Decreto 79.388/77. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. > Acesso em 13 de dez 2018.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas comentada. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

⁹¹ BIANCHINI, Alice. Lei de Drogas comentada. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 117.

Prevalece o entendimento no ponto de vista que a posse de drogas para consumo próprio é compatível com o que dispõe a Constituição Federal. Isto é, por mais que o consumidor só traga a droga para o seu consumo, não pode deixar de supor que a conduta coloca em risco a saúde de terceiros, representa um risco potencial à propagação da droga, além de que, não é incomum que o dependente pratique outros delitos para sustentar o vício, demonstrando ainda mais o perigo⁹².

Existe uma razão para a sanção jurídica de quem pratica as condutas do artigo 28 da lei 11.343/2006, é o perigo que a conduta representa socialmente. Existe o risco da propagação da droga e principalmente, o risco de que o toxicômano venha a traficar, para obter dinheiro para manter o próprio vício.⁹³

Contudo, o artigo 28 não lesa o princípio da lesividade ou da ofensividade, que conforme a doutrina, admite a existência de crimes de perigo abstrato, temos como exemplo o artigo 288 do Código Penal. O artigo 33 da lei em questão é crime de perigo abstrato, tráfico de entorpecentes.⁹⁴

Sendo assim, o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da lei de drogas é a saúde pública. Com o intuito de chegar a esse objetivo da tutela o legislador tentou coibir o consumo, não só o tráfico de drogas. Isto é, punir o perigo antes de existir o dano em si.

A previsão legal do artigo 28 da lei de drogas é considerado crime de perigo abstrato ou presumido, visto que, são crimes cuja existência não exige confirmação de que a vítima ficou diretamente exposta a uma situação de risco. É justamente o contrário do perigo concreto, onde necessita a demonstração que ficaram expostas a um risco real.

A especificação das condutas que levam ao perigo abstrato, na maioria das vezes, acaba virando o meio mais eficaz para a proteção do bem jurídico individual

⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada. Juspodivm. 2ª ed. Pag. 693.*

⁹³ FILHO, Vicente Greco. *Tóxicos – Prevenção – Repressão, São Paulo, Saraiva, 1982, Pag.113.*

⁹⁴ STJ. HC 195.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015

ou até mesmo coletivo, como a saúde e o meio ambiente. Sendo assim, o legislador pode definir quais os meios mais adequados para a proteção desses bens jurídicos.⁹⁵

O ordenamento jurídico brasileiro é pródigo em trazer a previsão de outros crimes de perigo abstrato: O artigo 306 do CTB (embriaguez ao volante), após a Lei nº 11.705/2008, basta que exista o perigo abstrato para que haja a incidência do tipo previsto; o artigo 12 e 14 da Lei 10.826/2003 (posse irregular e porte ilegal de arma de fogo), também são considerados como crimes de perigo abstrato, pois para a incidência do tipo penal só basta o cometimento de qualquer um dos núcleos da tipificação; o próprio crime de tráfico de entorpecentes, artigo 33 da Lei de Drogas, também é um crime de perigo abstrato.

Com relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, o entendimento do STF é de que não pode ser aplicado o princípio da insignificância ao delito em questão, pois trata-se de crime de perigo abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga existe risco relevante para a sociedade.⁹⁶

Contudo, não significa que a lei, no caso de perigo abstrato, possa presumir o perigo em qualquer comportamento, pois a lei só pode antever o perigo quando realmente houver possibilidade de ele ocorrer. Em síntese, não existe crime de perigo quando esse perigo for presumivelmente impossível.

Desta forma, os princípios da lesividade e da ofensividade operam como limiar para os crimes de perigo abstrato, não para acabar totalmente com eles, mas para trazer algum limite. É importante mencionar que o princípio da ofensividade não deve ser utilizado para levar obrigatoriedade a comprovação do perigo, mas para trazer atipicidade aos comportamentos que são incapazes de gerar dano a algum bem jurídico. É o que podemos falar do artigo 17 do Código Penal: *“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível*

⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada. Juspodivm. 2ª ed. Pag. 690.*

⁹⁶ STJ. HC 195.985/MG, Rel. Ministro NEFRI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, Dje 18/06/2015.

consumar-se o crime".⁹⁷ Sendo assim, perigo presumido não é o mesmo que perigo impossível.

Resumindo, a ofensividade é um princípio constitucional do direito penal e a sua aplicabilidade não tem o poder de extinguir totalmente os crimes de perigo abstrato, mas somente saber o limiar de cada um. Já o princípio da lesividade, sempre é utilizado para afastar a possibilidade de crime impossível, sendo então impossível afetar um bem jurídico. O que está envolvido no tema do presente trabalho é o direito penal preventivo, que pune antes mesmo do risco concreto ser efetivado para proteger o bem jurídico.

Por outro lado, a inconstitucionalidade da sanção da conduta descrita para o consumo de drogas é tão antiga que nos leva ao período em que o usuário recebia a mesma punição do traficante.

Esse debate não é apenas restrito ao nosso País, Vicente Greco Filho traz a lume o caso ocorrido na Itália, no qual foi entendido pela constitucionalidade do dispositivo que pune as condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas.⁹⁸:

Por exemplo, a título histórico, na Itália, chegou-se a alegar a inconstitucionalidade da referida conduta porque, naquele período, o tratamento do simples detentor era o mesmo do traficante. A Corte Constitucional, contudo, repeliu a alegação de inconstitucionalidade, argumentando que a competência para determinação da medida das sanções é do Poder Legislativo, tendo em vista os princípios de política jurídico-social. Ademais, segundo o mesmo tribunal, a punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo, da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão de seu contágio que alcançam o nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante, a perturbação da ordem. Acrescentou, ainda, a Corte que as situações relativas a traficante e simples detentor não são 'diametralmente opposte, ma tra loro concorrenti. Diversa, a questo propósito è bensi la materialità e l'internazionalità delle rispettive condotte, ma à innegabile il nesso che l'una e l'altra azione unisce nelle cause e negli effetti com influenze reciproche e condizionanti' (sentença de 20-1-1972, publicada no jornal *Il Tempo*, de 21-1-1972).

⁹⁷ Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. > Acesso em 14 de dez 2018.

⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pag. 149.

Como já foi dito anteriormente, existe grande discussão acerca da compatibilidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas com a Constituição Federal. Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659/SP⁹⁹, que debate de forma mais clara sobre a possibilidade jurídica de descriminalização da posse de drogas para o consumidor, conduta tipificada pelo art. 28 da Lei de Drogas.

O Recurso Extraordinário 635.659 questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, à luz do direito à intimidade e autonomia privada, e diante dos princípios da ofensividade e alteridade.

O caso concreto versa sobre um cidadão do Estado de São Paulo que foi preso, processado, julgado e condenado tanto em primeira como em segunda instância por portar cerca de 3 gramas de maconha para consumo próprio.

Conforme o julgamento do RE 653.656 de São Paulo, a posse de drogas para consumo pessoal é apreciada com relação a sua falta de compatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e vida privada. Baseia-se em averiguar o artigo 28 da Lei 11.343/06 principalmente com relação a vedação constitucional à criminalização de condutas que somente dizem respeito à vida privada do agente.

O recurso é baseado na norma ordenada no art. 5º, inciso X da Constituição Federal do Brasil de 1988 que protege a intimidade à vida privada e, partindo desse ponto de vista, salvaguarda as opções dos indivíduos em sua intimidade. Entretanto, ao escolher fazer uso da maconha, o recorrente em questão não poderia ser penalizado, na medida em que, estamos falando da intromissão na intimidade do indivíduo, assim como, também não causou danos a terceiros, pois tal dano foi causado somente a si, de forma que não seria penalizada a sua conduta, posto que o ordenamento jurídico brasileiro não vislumbra a punição para a autolesão.

⁹⁹ STF, andamento do processo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 29 de nov. 2018.

Recentemente, no dia 23 de novembro de 2018, o ministro Alexandre de Moraes, liberou para julgamento o recurso em questão. Ele é o sucessor do ministro Teori Zavascki, que havia pedido vista dos autos em setembro de 2015. O recurso tem repercussão geral reconhecida, sendo assim, a decisão será aplicada por todos os tribunais do país.

Até o final de 2015, houve a manifestação de três ministros do STF, dos 11 ministros existentes na Suprema Corte. Os votos foram realizados pelo ministro Gilmar Mendes, e dos ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

O ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, sem ressalva quanto às drogas. Já o ministro Luís Roberto Barroso votou apenas para a descriminalização da posse de maconha, juntamente com o voto do ministro Luiz Edson Fachin.

Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, votaram dando provimento parcial ao RE a fim de absolver o recorrente e, com entendimento *erga omnes*, descriminalizar a posse de drogas para o consumo próprio no Brasil. Ambos os ministros, acompanharam o relator, ministro Gilmar Mendes. Tais votos constituem importantes peças jurídicas com relação ao assunto. Isso em razão de existir argumentos sólidos relacionados ao princípio da proporcionalidade e ao exercício das garantias e direitos fundamentais que representam a carência da descriminalização, mas que, em contrapartida, apresenta algumas contradições com a teoria dos crimes de perigo abstrato e inconsistência no tratamento jurídico-penal com outros crimes do mesmo caráter, especialmente quando estamos falando do crime de tráfico de drogas.¹⁰⁰

Recentemente, mais especificamente no dia 15 de maio de 2019, o Projeto de Lei nº 37 foi aprovado pelo Senado, já havia passado pela aprovação da Câmara dos Deputados e agora segue para a sanção do presidente, Jair Bolsonaro.

¹⁰⁰ STF, andamento do processo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 29 de nov. 2018.

Tal projeto tramitava há seis anos no Senado e possui a finalidade de endurecer a política nacional antidrogas, assim como, facilita a internação de forma involuntária e reforça as comunidades com finalidades terapêuticas.

O PLC (Projeto de Lei da Câmara) 37, do ano de 2013, não impede a descriminalização das drogas e muito menos vai interferir no julgamento do Supremo.

Os que são a favor da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas defendem que o artigo ataca diretamente a Constituição Federal, inciso X, art. 5º, violando o princípio da lesividade penal.

Conforme o artigo 5 da CF, inciso X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sendo assim, a liberdade do indivíduo é plenamente absoluta, desde que seja praticada na intimidade, isto é, não atingindo terceiros e as intromissões do Estado na privacidade do indivíduo, é inconstitucional, tendo então que omitir ingerências na vida privada do possuidor do direito.

É fato que a garantia constitucional existe por causa do dano causado a terceiras pessoas, os critérios, as razões, e a medida das proibições e das penas.¹⁰¹ Isto é, sem que o dano seja verificado, não é legítimo a intervenção criminal, ideia que encontra a sua defesa no próprio ordenamento que onde gradua os delitos de acordo com o seu potencial ofensivo, conforme o art. 98 da CF, inciso I¹⁰², além de defender que a existência do crime depende do resultado de uma ocorrência, artigo 13 do Código

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. Pag. 373.

¹⁰² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Penal¹⁰³, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Sendo assim, Roberto Soares Garcia, defende que é absolutamente inconstitucional a previsão de crime cuja sua tipificação não ultrapasse a vida privada:

Para a conformação típica, presume-se o isolamento dos efeitos da conduta no próprio agente. Todo o cenário contemplado no artigo 28 pressupõe a não irradiação do fato para além da murada da vida privada, ambiente este que está protegido pelo inciso X do artigo 5º da CF, e, por isso, não pode ser objeto de criminalização.¹⁰⁴

Ademais, a simples posse para o uso pessoal da droga já é elemento do tipo, a saúde do próprio usuário é a única a sofrer os danos causados. Em contrapartida a Constituição Federal atribui ao indivíduo o direito à saúde, em seu artigo 6º, caput, dando competência ao Estado a obrigação de fornecer meios para a formalização desse direito. O artigo 28 da Lei de Drogas informa esse direito em obrigação e condena o indivíduo que abre mão do seu direito à saúde, fazendo com que fique sem lógica essa criminalização. “Afim, sanção, na acepção de punição, deve ser consequência reservada a descumprimento de dever, e o consumidor não descumpra dever ao drogar-se.”¹⁰⁵

O autor entende que não se ignora a inexistência de direitos absolutos. Mesmo quando se referem a garantias fundamentais é claro para o entendimento que existem garantias de igual hierarquia, limitando-se mutuamente. Não admite a existência de norma infraconstitucional, que por si só, atenua ou anule a eficácia de direito fundamental. Importante observar se existe na Constituição bem protegido pelo artigo 28 da Lei de Drogas que consiga limitar o disposto no artigo 5º da CF, inciso X.

¹⁰³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. > disponível em 26 de mai de 2019.

¹⁰⁴ https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. > disponível em 26 de mai de 2019.

¹⁰⁵ https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. > disponível em 26 de mai de 2019.

Alguns julgados defendem que a razão jurídica para a sanção descrita no artigo 28 é o perigo social que decorre da conduta descrita e que coloca em risco a saúde pública,¹⁰⁶ sendo o bem jurídico tutelado pela norma em questão. Porém a ideia de “público” não se confunde com o “privado”, um exclui o outro, isto é, o que é público não é individual. O elemento do tipo presente no artigo 28 é que o porte da droga se destine especificamente para o indivíduo e de forma contraditória o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Há, portanto, inconstitucionalidade, pois existe uma grande diferença entre o bem jurídico anunciado no artigo em questão, a saúde do indivíduo, e o bem jurídico tutelado, a saúde pública. O legislador, especificamente no âmbito penal não é e não pode, de forma alguma, ser onipotente, “pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes”¹⁰⁷.

Conforme Roberto Soares Garcia, “paz social” e “segurança” não servem, sozinhas, para proteger tipificação penal, sob pena de, aprofundando-se no nível de conceito de abstração do conceito de bem jurídico tutelado, induzir o controle de constitucionalidade fundamentado na proporcionalidade à ineficácia.¹⁰⁸

Sendo assim, com base no entendimento a favor da inconstitucionalidade, existe uma discussão, de um lado, o artigo 28 da Lei de Drogas atua de forma solitária, sem o apoio da CF; e do outro lado, a garantia constitucional do artigo 5º da CF, inciso X. Nessas condições, fica claro o desequilíbrio das normas em questão, ficando evidente o conflito das normas do artigo 28 da Lei de Drogas.

Com relação ao princípio da ofensividade no artigo 28 da nova lei de Drogas e a inexistência material da conduta, Luiz Flávio Gomes conclui que ¹⁰⁹ a intervenção do Direito Penal só pode acontecer quando houver lesão concreta, grave, real e significativa ao bem jurídico tutelado, defendendo a inconstitucionalidade do

¹⁰⁶ TACrimSP, rel. Juiz Machado Araújo, Jutacrim 56/316, apud Silva Franco, Alberto et al. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 1995. Pag. 749.

¹⁰⁷ REALE. Miguel Júnior. Instituições de direito penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. I, pag. 29-30.

¹⁰⁸ Voto do Ministro Cezar Peluso, no RHC 81.057-8, STF, 1ª T., rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.05.2004.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra.; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de drogas comentada* (Lei 11. 343 de 23.08.2006). 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2011. Pag. 144 e 145.

tipo em questão. Sendo assim, não existe crime no artigo 28, pois não há crime quando o bem jurídico tutelado viola apenas o bem jurídico do próprio autor.

Fernando Capez discorre que “o princípio da alteridade impede o direito penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse”¹¹⁰

A maior parte da doutrina apoia que o objeto jurídico do crime é a saúde pública, porém, as condutas da lei em questão são adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas. Sendo assim, não existe proteção a saúde pública, uma vez que o autor da conduta é próprio consumidor, não atingindo um terceiro.

Por todo o exposto, o consumidor seria a própria vítima da conduta, o que é inconcebível, pois o indivíduo não pode ser punido por se auto agredir. O Direito Penal regulamenta conduta coletiva e a função é regular condutas contra terceiros. Como sabemos, o Direito Penal não pode punir a autolesão e nem a tentativa de suicídio. Sendo assim, não existe lógica punir o próprio usuário de drogas. Desse modo, fica claro a ofensa ao Princípio da Alteridade, isto é, a conduta para ser sancionada precisa ofender terceiras pessoas ou interesses diversos do autor da conduta.

Recentemente, a juíza Rosália Guimarães Sarmiento, da 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes, se baseou no voto do ministro Gilmar Mendes para proferir a sua sentença.¹¹¹ Para a juíza, o artigo viola o princípio da proporcionalidade, pois trata da mesma forma o usuário de droga e o traficante de droga.

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial*. 7ª ed. Saraiva. Pag. 758.

¹¹¹ ROVER, Tadeu. Juíza se antecipa ao Supremo e declara inconstitucional artigo 28 da Lei de Drogas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/juiza-antecipa-stf-declara-inconstitucional-artigo-lei-drogas>. > 19 de mai de 2019.

II – A INCRIMINAÇÃO DO CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES EM PORTUGAL

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE O CONSUMO DE DROGAS.

Carlos Alberto Poiares e Cândido de Agra¹¹² diferenciam quatro grandes períodos na história da legislação: o paradigma fiscal que vai de 1914 a 1970, o paradigma criminal que vai de 1970 a 1975, o paradigma clínico-psicossocial de 1975 a 1982 e o paradigma bio-psicológico que vai de 1983 até os dias atuais. Aceitamos esta periodização, mas distinguimos no último paradigma um primeiro período, de 1983 a 2000, e um segundo período, a partir de 2000.

PARADIGMA FISCAL: 1914 -1970

O primeiro período está diretamente ligado à droga enquanto mercadoria, visto que, por ter a sua natureza perigosa, tem um tratamento do Direito Fiscal, Comercial e Administrativo. A legislação tratou de regular as relações entre exportadores e importadores, sendo, de certa forma, sem relevância para o Direito quem fazia uso dessas “mercadorias”.

A lei que deu início ao controle das Drogas em Portugal é a Lei nº 1687 de 06 de agosto do ano de 1923¹¹³, que teve o objetivo de controlar as drogas no país de acordo com a Convenção Internacional do Ópio que foi promulgada no ano de 1912¹¹⁴. A referida lei foi pautada pelo Decreto-Lei nº 10375 de 09 de dezembro do ano

¹¹² “A droga e a humanidade – reflexão psicocriminal”. Atas do I Curso sobre problemas jurídicos da Droga e da Toxicodependência promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Português da Droga e da Toxicodependência entre 8 de março e 21 de junho de 2002 – Suplemento à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. 2003. Pag 22.

¹¹³ Lei nº 1 687 de 6 de agosto de 1923. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/562125>. > Acesso em: 01 de dez 2018.

¹¹⁴ A Primeira Convenção Internacional do Ópio foi assinada em Haia no dia 23 de janeiro de 1912 durante a primeira Conferência Internacional do Ópio. O tratado foi assinado pelos Estados Unidos, Alemanha, França, China, Reino Unido, Japão, Itália, Países Baixos, Irã, Portugal, Tailândia e a Rússia. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/the-1912-hague-international-opium-convention.html>>. Acesso em: 01 de dez 2018.

de 1924¹¹⁵ e confinava a importação para o consumo de algumas drogas, tais como, o ópio, cocaína e seus derivados e a morfina, para finalidades científicas e propósitos medicinais. Ademais, drogarias ou farmácias que objetivavam comprar tais produtos, teriam que requisitar um requerimento junto à Direção Geral de Saúde, estando terminantemente proibidos de revenderem, assim como também a compra sem o receituário médico por partes específicas. Quem descumprisse tal lei poderia ser multado ou até mesmo, em caso de reincidirem, terem de cumprirem uma pena privativa de liberdade.

Novamente, para se ajustar a Convenção do Ópio, no ano de 1926, o Governo acaba aprovando o Decreto-Lei nº 12 212 de 24 de agosto¹¹⁶. Essa diploma legal revoga os anteriores e corrobora com várias disposições que tratam do comércio e da importação das drogas, utilizando penas mais severas aos que descumprirem a lei e mais restrições. Entretanto, como o consumo não era tão relevante na época, a dependência química estava apenas relacionada ao tratamento das enfermidades mentais.¹¹⁷ Tal decreto foi revogado pelo Decreto 420/70.

Logo após a segunda Guerra Mundial, Portugal, assim como a Espanha, eram os únicos países europeus onde o poder ainda era exercido exclusivamente por poderes fascistas. Assim sendo, Portugal era um país predominantemente católico e conservador e era governado pelo ditador António Salazar. Durante esse período, a Igreja Católica adquiriu grande influência no regime de Salazar. Conforme Artur Domostawski¹¹⁸:

O Portugal de Salazar era um país autocrático, fechado a novas ideias, às mudanças das sociedades Ocidentais e às novas tendências culturais e da moda. Os movimentos de contracultura da década de 1960 que celebravam o uso de drogas como uma componente de moda e cultura passaram em larga medida ao lado de Portugal. O uso de drogas

¹¹⁵ Decreto-Lei nº 10 375 de 9 de dezembro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/562125> >. Acesso em: 01 de dez 2018.

¹¹⁶ Decreto-Lei 12 210 de 24 de agosto. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/162715> >. Acesso em: 01 de dez 2018.

¹¹⁷ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>> Acesso em: 01 de dez 2018.

¹¹⁸ DOMOSTAWSKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 19. 2011.

(principalmente o LSD) era aceite em Portugal na relativamente diminuta comunidade de artistas e boémios, mas era esporádico e tinha pouco impacto social ou cultural.

No dia 03 de abril do ano de 1963¹¹⁹, com a aprovação da Lei da Saúde, mais uma vez trouxe o tema das drogas para o foco. A nova lei trouxe a aceitação, de certa maneira da “toxicomania”, como descreve a lei, como doença mental e também com a previsão do seu tratamento¹²⁰.

PARADIGMA CRIMINAL: 1970 -1975

Já no segundo período, conforme Poiares e Agra, surge a primazia do Direito Penal. O consumidor é o grande destinatário da legislação, designando o consumidor como indivíduo infrator de delinquente.

Foi somente no final da década de 70 que o grande problema das drogas começou a aumentar em Portugal, por motivos variados. O final da guerra colonial que aconteceu em África e o retorno de pessoas oriundas dessas colônias e a mudança revolucionária do regime político, no ano de 1974, fez com que o país ficasse mais aberto ao mundo exterior. O uso de canábis, tornou-se maior em Portugal com o retorno de cidadãos portugueses das colônias onde essa droga era consumida de forma mais aberta. Outras pessoas entendem que em 1974, após a abertura de Portugal, o consumo de drogas fez parte de uma grande variedade de opções que começaram a compartilhar com outras sociedades ocidentais quando o país se expôs a novas ideias, conforme Artur Domostawski.¹²¹

Na década de 70 Portugal teve mudanças consideráveis na política internacional, cultural e econômica, mudanças essas que contribuíram para o crescimento do desenvolvimento das drogas no país.

¹¹⁹ Lei nº 2:118, de 3 de abril. Recuperado em: <https://dre.pt/application/file/195501>.

¹²⁰ Moreira, M., Hughes, B., Storti, C. C. & Zobel, F. (2011). *Drug Policy Profiles: Portugal*, EMCDDA. Disponível em: < <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>. > Acesso em 01 de dez 2018.

¹²¹ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 20. 2011.

Foi somente no ano de 1970 que o consumo de droga passou a ser considerado como um problema de saúde, no período em que Portugal ainda estava no período da ditadura. As discussões focavam nas questões meramente morais do consumo de droga, que passou a ter relação com o crime e com o início da oposição ao regime atual.¹²²

É exatamente nesta conjuntura que o Decreto Lei 420/70¹²³ foi promulgado, relatando o tráfico de drogas, a sua produção e o consumo de estupefacientes, produzindo esfera para a criminalização do consumo.

Foi nessa época que aconteceu a primeira campanha portuguesa de combate às drogas, “DROGA – LOUCURA – MORTE”. Conforme Poiars¹²⁴, foram fixados cartazes em Lisboa e nas principais cidades de Portugal, com caveiras desenhadas e no fundo as iniciais LSD.

Tal campanha ainda não trouxe a inquietação com relação a problemática da droga no país, assim como também não trouxe qualquer tipo de estudo epidemiológico relacionado a incidência e prevalência do consumo de drogas.¹²⁵

Entretanto, a problemática do consumo de drogas surge como uma questão de alçada política, onde se buscou a sensibilização dos cidadãos para os problemas que às drogas geravam para a sociedade de forma geral.¹²⁶

Os anos 70 em Portugal foram a expressão de profundas mudanças político-institucionais, económicas e socioculturais que se constituíram como referências essenciais à caracterização do fenómeno da droga no país.

¹²² Moreira, M., Hughes, B., Storti, C. C. & Zobel, F. (2011). *Drug Policy Profiles: Portugal*, EMCDDA. Disponível em: < <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>.> Acesso em: 01 de dez 2018. Pag 10.

¹²³ Decreto-Lei nº 420/70 de 3 de setembro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/148892>.> Acesso em 02 de dez 2018.

¹²⁴ POIARES, C. (1998). *Análise psicocriminal das drogas – O discurso do legislador*, Porto: Almeida & Leitão. Pag. 239.

¹²⁵ DA AGRA, C., MARQUES-TEIXEIRA, J., & FERNANDES, L. (1993). *Dizer a droga ouvir as drogas - Estudos teóricos e empíricos para uma ciência do comportamento adictivo*. Porto: Radicário.

¹²⁶ POIARES, C. (1998). *Análise psicocriminal das drogas – O discurso do legislador*, Porto: Almeida & Leitão. Pag. 242.

Perante essas questões históricas a aplicação de uma lei específica para combater as drogas obteve maior significado com a aprovação do Decreto Lei n° 420/70, no dia 03 de setembro de 1970, sob o respaldo do Ministro da Justiça, Almeida Costa, fundamentada em uma perspectiva criminalizadora para o consumo de drogas. E assim Portugal assumiu a natureza da incriminação do consumo e da posse de droga, tendo o consumo a sanção com pena de prisão até 2 anos.¹²⁷

O Ministro da Justiça, Almeida Costa foi elogiado em relação ao combate a problemática das drogas e criação do Decreto 420/70 pelo Deputado Leal de Oliveira, na Sessão Legislativa n° 53 da Assembleia Nacional e Câmara Corporativa.¹²⁸

Na referida Sessão Legislativa o orador trouxe alguns fatores de interesse comum da sociedade, assim como disse que o Presidente da República em Portugal conjecturou as drogas como um grande transmissor de corrupção da integridade física e dos costumes, tal questão também foi considerada como usurpadora da moralidade.¹²⁹ Além do Deputado leal de Oliveira, também houve intervenção do Deputado Delfino Ribeiro, que fazia parte do Institut for the Study of Traffication, organismo internacional, dedicado ao estudo e compreensão da toxicomania.¹³⁰

Intitulou-se ainda como conhecedor dos problemas tanto de ordem social como de ordem moral que as drogas trazem, deixando claro que a questão da droga foi apresentada pela publicação do Decreto Lei 420/70, pela relevância preventiva e repressiva que apresentou. Isto posto, Almeida Santos passou a apreciar a questão da repressão, sempre defendendo que o modelo repressivo é ineficaz para combater o consumo.

¹²⁷ As drogas em Portugal: O fenómeno e os factos jurídico- políticos de 1970 a 2004. Disponível em: < <https://www.dependencias.pt/ficheiros/conteudos/files/As%20drogas%20em%20Portugal.pdf>. > Acesso em 17 de dez 2018. Pag. 35.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ SECRETARIA-GERAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL E CÂMARA CORPORATIVA. Diário da Sessão n.º 053, de 9 de Dezembro de 1970. p. 1095

¹³⁰ As drogas em Portugal: O fenómeno e os factos jurídico- políticos de 1970 a 2004. Disponível em: < <https://www.dependencias.pt/ficheiros/conteudos/files/As%20drogas%20em%20Portugal.pdf>. > Acesso em 17 de dez 2018. Pag. 35.

Ao buscar uma resposta que tenha o motivo do crescimento do consumo de drogas, o tráfico de drogas foi citado como a causa principal, porém, qual a principal causa do tráfico? É lógico que o lucro movido pela proibição é a principal causa para o tráfico de drogas.¹³¹

O presidente da Assembleia Nacional defendeu que o decreto deveria evitar o não desenvolvimento dos pontos existentes com intenção de se tornarem irreversíveis e perigosos, além do que, deveriam ser criados departamentos específicos para a eficiência da aplicabilidade da lei.¹³²

Entre os anos de 1970 e 1971, continuou a discussão parlamentar com relação a toxicomania juntamente à questão da divulgação do problema apontado como responsável pela violência, imoralidade, droga, erotismo.¹³³ No ano de 1973, a tese da juventude contra as drogas passou a fazer parte de um dos temas do parlamento.¹³⁴ Nessa mesma época deu início no Hospital de Santa Maria, em Lisboa, consulta de toxicodependência no serviço de psiquiatria.¹³⁵

PARADIGMA CLÍNICO - PSICOSSOCIAL: 1975 -1982

Depois da grande revolução em 25 de abril de 1974, movido pela liberdade, houve um considerável aumento do consumo de droga, especificamente a heroína injetada,¹³⁶ que se tornou um grande problema, pois o país não estava apto para

¹³¹ SANTOS, A. (2000). *Do outro lado da esperança*. Instituto Camões. Lisboa: Universidade do Sagrado Coração. Pag. 82 e 83.

¹³² As drogas em Portugal: O fenómeno e os factos jurídico- políticos de 1970 a 2004. Disponível em: < <https://www.dependencias.pt/ficheiros/conteudos/files/As%20drogas%20em%20Portugal.pdf>. > Acesso em 17 de dez 2018. Pag. 35.

¹³³ SECRETARIA-GERAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL E CÂMARA CORPORATIVA. Diário da Sessão n.º 053, de 07 de Janeiro de 1971. p. 1282.

¹³⁴ As drogas em Portugal: O fenómeno e os factos jurídico- políticos de 1970 a 2004. Disponível em: < <https://www.dependencias.pt/ficheiros/conteudos/files/As%20drogas%20em%20Portugal.pdf>. > Acesso em 17 de dez 2018. Pag. 35.

¹³⁵ SICAD. Disponível em: < http://www.sicad.pt/PT/Institucional/Historico/Paginas/detalhe.aspx?itemId=8&lista=SICAD_HISTORICO&bkUrl=BK/Institucional/Historico/. > Acesso em 17 de dez 2018.

¹³⁶ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em:< <http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>.> Acesso em 03 de dez 2018.

lidar com esse quadro. Entretanto, esse tipo de problema deu origem ao Centro de Estudos da Juventude, que foi aplicado às pesquisas para tratamento e prevenção de drogas, e ao Centro de Investigação Judiciária da Droga, com a finalidade de se fazer cumprir a lei. Neste momento deu início aos questionamentos se a droga deveria ser criminalizada ou se continuaria tendo um questionamento clínico.

No dia 31 de dezembro de 1975, Decreto Lei nº 745/75, surgiu o Centro de Estudo da Juventude (CEJ), onde o tratamento era preventivo e médico social, assim como, foi criado o Centro de Investigação Judiciária da Droga (CIJD), onde reprimia e fiscalizava o tráfico de drogas.¹³⁷

No ano de 1976, acontece a extinção do CEJ, ficando em seu lugar o Centro de estudos da Profilaxia da Droga (CEPD), também atuando na prevenção, inserção social do toxicodependente e em seu tratamento. Também ocorre a extinção do Centro de Investigação Judiciária da Droga (CIJD), dando lugar à criação do Centro de Investigação e Controle da Droga (CICD), com competência na área da repressão do tráfico ilícito de drogas.¹³⁸

No ano de 1976, o chamado pacote legislativo da droga, tendo como responsável Almeida Santos, chamava a atenção para que o fenômeno da droga fosse visto de forma global, na “sua complexidade médico – psico – sociológica”¹³⁹. O consumo da droga é observado como tendo uma visão psicológica que “conduz a um enfraquecimento, e até a uma escravização da vontade, que tendencialmente transmuda o infrator num doente, nessa medida imune, ou pouco menos, a uma imputação de culpa”¹⁴⁰.

¹³⁷ SICAD. Disponível em: <
http://www.sicad.pt/PT/Institucional/Historico/Paginas/detalhe.aspx?itemId=8&lista=SICAD_HISTORICO&bkUrl=BK/Institucional/Historico/> Acesso em 17 de dez 2018.

¹³⁸ SICAD. Disponível em: <
http://www.sicad.pt/PT/Institucional/Historico/Paginas/detalhe.aspx?itemId=8&lista=SICAD_HISTORICO&bkUrl=BK/Institucional/Historico/> Acesso em 17 de dez 2018.

¹³⁹ Preâmbulo do D.L. nº 792/76 de 05 de novembro.

¹⁴⁰ Neste sentido, POIARES, Carlos Alberto. “A descriminalização do consumo de drogas. do Direito à intervenção jus psicológica”. Atas do I Curso sobre Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicodependência promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Português da Droga e da Toxicodependência entre 8 de março e 21 de junho de 2002 – Suplemento à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. 2003. Pag 163.

Em meados do ano de 1976, tentando resolver as questões com dificuldades no tratamento e cuidados com a saúde e um relevante aumento de usuários, principalmente se tratando de jovens da população, foi elaborado em 05 de novembro o Decreto Lei nº 792/76¹⁴¹, onde previu a institucionalização do Centro de Estudos da Profilaxia da Droga. Tal instituto era inspecionado pelo Gabinete coordenador de Combate à Droga, esse instituto novo veio para substituir o Centro de Estudos da Juventude e a sua principal função era estudar a droga no meio social. Para tal, teria de originar equipes de variadas disciplinas voltadas a profilaxia, reintegração social, tratamentos e equipes específicas para a reintegração social dos consumidores.

O DL nº 792/76 foi o primeiro decreto a apontar a descriminalização das drogas em Portugal, ainda que não de forma direta, quando expressou a ânsia de se rever a concepção do consumo de drogas como sendo um crime, visto que, se encaixaria melhor em um conjunto de normas de ordenação social. O decreto prevê que o infrator deve passar a ser tratado como um indivíduo doente e não como um criminoso, sendo por essa questão, menos culpado do que um mero criminoso.

Na Europa, começou a ter uma política de mais tolerância, quando comparada ao que acontecia nos estados Unidos da América, que era detentora de um discurso proibicionista e condenatório.¹⁴²

PARADIGMA BIO-PSICOLÓGICO. PRIMEIRO PERÍODO: 1983-2000

A Europa começou a ter uma política de mais tolerância, quando comparada ao que acontecia nos Estados Unidos da América, que era detentora de um

¹⁴¹ Decreto-Lei nº 792/76, de 5 de novembro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/409240>.> Acesso em 04 de dez 2018.

¹⁴² Jelsma, Martin (2008). *O estado atual do debate sobre políticas de drogas: tendências da última década na União Europeia e nas Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.soros.org/sites/default/files/jelsma-current-state-policy-debate-portuguese-20100630_0.pdf>. Acesso em: 04 de dez 2018.

discurso proibicionista e condenatório.¹⁴³

Foi ficando mais evidente de que seria necessário encontrar uma estabilidade entre dois pontos de vista diferente: as consequências ruins de um controle repressivo e a proteção da saúde. Em meados da década de 80 houve um desvio da política “tolerância zero” em repressão e proteção e o objetivo principal começou a ser a diminuição do uso de drogas.

A droga mais consumida no início dos anos 80 era o haxixe e a marijuana, mas a heroína já não era uma droga incomum. A heroína era traficada da Índia e do Paquistão, por portugueses oriundos do Paquistão. Quando dois grupos de traficantes de heroína foram desintegrados em Moçambique, a heroína começou a vir da Holanda.¹⁴⁴

Mesmo Portugal estando entre um dos países da Europa com taxas reduzidas de consumo de drogas, alguns especialistas perceberam que entre as décadas de 80/90 era considerado um país com grande predominância de consumos problemáticos¹⁴⁵, principalmente de heroína. Um relatório do EMCDDA demonstra que o consumo estava abaixo da média dos países europeus, entretanto, “os consumos problemáticos e os danos relacionados com o consumo de drogas estão perto, e algumas vezes acima, da média europeia”.¹⁴⁶

De acordo com o professor Casimiro Balsa¹⁴⁷, a causa do problema social estava ligada com a visibilidade do consumo de drogas em locais que eram públicos. Portugal era um país em que a pregava a “moral e os bons costumes” durante um grande período e o consumo de estupefacientes não era compatível com a moral

¹⁴³ Jelsma, Martin (2008). *O estado atual do debate sobre políticas de drogas: tendências da última década na União Europeia e nas Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.soros.org/sites/default/files/jelsma-current-state-policy-debate-portuguese-20100630_0.pdf>. Acesso em: 04 de dez 2018.

¹⁴⁴ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 19. 2011.

¹⁴⁵ Consumo problemático é considerado o consumo intravenoso de opiáceos, anfetamina e cocaína. (Definição do EMCDDA). Ecstasy e cannabis não estão incluídos nesta categoria.

¹⁴⁶ MOREIRA, M., Hunhes B., Costa, Sorti C., Zobel F. (2011), Drug Policy Profiles: Portugal, EMCDDA, p.17.

¹⁴⁷ Sociólogo envolvido no relatório do ano de 2001.

pública. Tal preocupação serviu de base à percepção com relação da seriedade do problema com consumo no país.¹⁴⁸

O primeiro passo do governo foi a criação de um centro de tratamento contra o consumo de drogas, centro de tratamento das TAIPAS, localizado em Lisboa. Também houve o acompanhamento de clínicas privadas, pois trata-se de um problema de grande repercussão social. A igreja também teve fundamental importância com a criação do Projeto Vida, que foi inserido na sociedade no ano de 1987 e que foi visto como a origem do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT).¹⁴⁹

Artur Domostawski relata que os consumidores tinham medo de serem tratados como criminosos, o que fez com que a procura por tratamentos não fosse tão comum. A criação de programas para troca de agulhas e seringas, apesar de preconizada por membros do IDT, era considerado ilegal. Os consumidores de drogas eram considerados pelo sistema legal da mesma forma que os traficantes, não existia distinção legal.¹⁵⁰

Já no ano de 1983, o Governo dispõe a adaptação do enquadramento jurídico à Convenção das Nações Unidas. Tal Convenção acrescentou algumas substâncias psicotrópicas à lista de substâncias já existentes. Entretanto, conforme orientação dessas convenções, é elaborado o Decreto-Lei n° 430/83¹⁵¹. Este decreto aumentou a repressão contra o tráfico de drogas e continuou defendendo que o consumo de drogas era condenado socialmente e era considerado crime. Ademais, por considerar o consumidor como um indivíduo que necessita de tratamento, o decreto levou a questão para o Ministério da Saúde, o que fez com que fossem criados diversos centros de tratamentos¹⁵².

¹⁴⁸ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 21. 2011.

¹⁴⁹ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 22. 2011.

¹⁵⁰ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 22. 2011.

¹⁵¹ Decreto-Lei n° 430/83, de 13 de dezembro. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/443237>>. Acesso em 05 de dez 2018.

¹⁵² Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em:<

Em 1987 foi criado o projeto VIDA, primeiro programa do país de luta contra a droga, dado o empenho do Governo no tema. Este projeto teve a supervisão do Conselho de Ministros, e a finalidade principal era reduzir a procura e a oferta de droga. O projeto VIDA permitiu a criação de centros de tratamentos especializados em todo o território nacional sob a supervisão do Ministério da saúde¹⁵³.

Foi em 1993, exatamente quando surgiu o primeiro programa de testes da SIDA e da importância da troca de seringas, que desponta outra lei relacionada ao tema, a base da legislação até os dias atuais, relacionada a diminuição da oferta, o Decreto-Lei nº 15/93¹⁵⁴. Esta nova legislação vem logo em seguida a Convenção contra o tráfico de drogas do ano de 1988, onde definia as penas a serem aplicadas para o tráfico e para o consumo de drogas. Mesmo mantendo a criminalização de drogas, pode entender que “o consumidor de drogas é sancionado pela lei vigente de maneira quase simbólica, procurando-se que o contacto com o sistema formal da justiça sirva para o incentivar ao tratamento”¹⁵⁵.

Desta forma, a lei conferiu a responsabilidade do tratamento dos usuários ao Ministério da Saúde e autorizou uma função ligada a prevenção ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Educação e Juventude¹⁵⁶.

O ponto de vista defendido de que a perseguição e prisão dos consumidores não era a solução mais adequada cresceu entre os legisladores e os juízes da época. A maioria dos consumidores eram enviados para casa pelo tribunal com suspensão da pena e somente quando havia algum outro crime associado que eram condicionados ao tratamento de forma obrigatória. Além do que, no ano de 1997, instaurou-se novos centros de tratamento de droga (SPTT) e que em 2006 foram

<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>.> Acesso em 03 de dez 2018.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de janeiro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/585108>.> acesso em 05 de dez 2018.

¹⁵⁵ Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de janeiro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/585108>.> acesso em 05 de dez 2018. Pag 236.

¹⁵⁶ Moreira, M., Hughes, B., Storti, C. C. & Zobel, F. (2011). *Drug Policy Profiles: Portugal*, EMCDDA. Disponível em: < <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>.> Acesso em 05 de dez 2018.

substituídos por centros de tratamentos chamados Centros de Respostas Integradas¹⁵⁷.

O Decreto Lei 15/93 foi publicado no auge do problema das drogas em Portugal. A publicação do diploma teve origem por causa da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. O novo diploma também veio pela necessidade de adaptações por causa da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal e da reforma em andamento do Código Penal, principalmente no que diz respeito à multa em alternativa e não juntamente com a pena de prisão.

A consequência de algumas estruturações e reformulações fez com que, em 1993, a droga ganhasse uma nova legislação para ajudar em seu combate. O Decreto Lei n.º 15/93¹⁵⁸ do dia 22 de janeiro foi criado com o objetivo de delimitar o regime jurídico ao tráfico e ao consumo de drogas. Este diploma legal foi regulamentado em 1994 pelo Decreto Regulamentar n.º 61/94 do dia 12 de outubro.

A lei em questão conserva o rol das condutas puníveis como tráfico, no artigo 23º, onde a detenção está mais uma vez incluída. As penas que estão previstas

¹⁵⁷ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>> Acesso em 05 de dez 2018.

¹⁵⁸ Alterado pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro. Em 1996 a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março vem definir os procedimentos de diagnóstico e dos exames periciais necessários à caracterização do estado da toxicodependência; o modo de intervenção dos serviços de saúde especializados no apoio às autoridades policiais e judiciárias; os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, de consumo mais frequente. A alínea f) do n.º 3 desta Portaria vem a ser mais tarde regulamentada pelo Despacho 8/ SEJ/ 97, de 23 de Abril de 1997, relativamente ao procedimentos a adoptar nos exames complementares toxicológicos em amostras biológicas e exames serológicos. Em 2000, o Decreto-Lei n.º 214/2000, de 2 de Setembro dita as substâncias psicotrópicas às tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93 e o Decreto-Lei n.º 69/2001, de 23 de Abril, adita novas substâncias às tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 214/2000, de 2 de setembro, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. A Lei n.º 30/2000 ao definir o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, aplica o constante nas tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93. Este Decreto sofre ainda alterações pelas Leis n.º 101/2001, de 25 de Agosto, n.º 104/2001, de 25 de Agosto, n.º 3/2003, de 15 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. A Lei n.º 47/2003, de 22 de Agosto altera pela décima vez o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, acrescentando as sementes de cannabis não destinadas a sementeira e a substância DMMA às tabelas anexas ao decreto-lei, seguindo-se da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março e da Lei n.º 17/2004, de 11 de Maio.

para este crime são, entretanto, diminuídas quando comparamos com a lei anterior de 1983, indo de 6 anos para 4 anos de prisão¹⁵⁹. O rol dos crimes mais graves com relação ao tráfico continuam sendo comparados com a alta criminalidade e com o terrorismo. É importante aprimorar as técnicas de combate ao tráfico, assim como, controlar o combate as vantagens econômicas dos crimes (artigo 23º e artigo 35º até o 38º). Também penalizam os percursores, no artigo 22º, com pena de prisão estabelecidas entre 2 a 10 anos. O tráfico de menor gravidade, artigo 25º, passou a ter a definição como a lei italiana (pisapia, 1996), de forma mais ampla, pelos meios, modalidade da ação, quantidade e qualidade das substâncias e não apenas pela quantidade da substância. O traficante consumidor, do artigo 24º, passa a ter a limitação de 5 dias, não podendo ultrapassar essa média individual.¹⁶⁰

O grande problema do decreto foi o artigo 40º, nº 1, onde falava do consumo. Estipulava que quem consumisse ou que cultivasse para o seu consumo, adquirisse ou tivesse plantas, substâncias ou até preparações das tabelas I a IV seria punido com pena de prisão até 3 meses ou pena de multa de até 30 dias.

O modo em que o ordenamento prevê a sanção face ao consumo de drogas é, assim como em 1983, ponto polêmico de discussão no próprio preâmbulo da lei. O legislador concluiu que não existia motivos para alteração no comportamento da legislação vigente, continuando então a sancionar de modo quase simbólico o consumo de drogas.¹⁶¹

O que é feito com o usuário é simplesmente censurar o comportamento e esperar que o sistema de justiça encaminhe o toxicodependente para tratamento. O consumidor é considerado com problema de saúde e quando é encaminhado para tratamento tem a sua sanção suspensa. Isto é, pretende-se que com a ajuda da justiça o toxicodependente consiga se libertar de seu vício, diante dos tratamentos oferecidos e incentivos do governo para que ele consiga se reabilitar.

¹⁵⁹ Regulamento do Capítulo III, intitulado tráfico, branqueamento e outras infracções, e no Capítulo IV, denominado consumo e tratamento.

¹⁶⁰ QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 115.

¹⁶¹ Ibid.

Com relação ao crime de consumo, estão expressamente incluídos o ato de consumir drogas. É a primeira vez que a lei aplica alguma sanção ao ato de consumir, concentrando-se até então a sanção da posse para o consumo. O crime continuou sendo punido com pena de prisão até 3 meses. Entretanto, é introduzido uma limitação relacionadas às quantidades de drogas relacionadas, porém a pena de prisão aumenta para 1 ano, caso exceda a quantidade necessária para o consumo próprio para 3 dias.¹⁶²

A probabilidade de aplicação de medidas terapêuticas continua a ser destaque no ordenamento. Assim como na lei anterior, são regulamentados os procedimentos, no artigo 41º, para quem procure tratamento de forma espontânea. Já o artigo 42º relata as condições de tratamento e de atendimento para os consumidores.

O artigo 43º prevê que o Ministério Público determina exames médicos aos consumidores habituais, no contexto de que poderia vir a proposta ao toxicodependente ao tratamento adequado de forma voluntária. Conforme o artigo 44º, está expresso à obrigação de se sujeitar ao tratamento para existir a suspensão da pena. Uma importante inovação era que o arguido que cometer o crime de consumo e outro crime que tenha uma relação direta com o consumo, poderia ter a suspensão da pena se aceitasse de forma voluntária ao tratamento específico para ele ou internação.¹⁶³

Entretanto, no artigo 45º, ainda existe a possibilidade de previsão da suspensão vir acompanhada por regime de prova, a preparar de forma articulada pelos serviços de saúde disponíveis e, sempre que possível, o compromisso do usuário.¹⁶⁴

Por fim, a possibilidade de suspensão de forma provisória do processo, em seu artigo 56º, através do Ministério Público, desde que tenha a concordância do juiz de instrução e do arguido.¹⁶⁵ Existe a previsão da suspensão do processo para o crime de consumo, ou para outro crime que esteja relacionado de forma

¹⁶² QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 115.

¹⁶³ SICAD. Disponível em: < <http://www.sicad.pt/PT/Dissuasao/SitePages/legislacao.aspx>. > Acesso em 18 de dez 2018.

¹⁶⁴ SICAD. Disponível em: < <http://www.sicad.pt/PT/Dissuasao/SitePages/legislacao.aspx>. > Acesso em 18 de dez 2018.

¹⁶⁵ Ibid.

direta de conexão, sanção prevista de pena de prisão não superior a 3 anos ou com sanção de natureza diferente.¹⁶⁶

Os artigos, o conteúdo e as expressões utilizadas no decreto demonstram claramente uma instabilidade entre a voluntariedade e a obrigatoriedade de subordinação de tratamento por parte dos consumidores. Entretanto, existem em variadas fases processuais determinações que ajudam no envio do toxicodependente para fazer tratamento, logo após a prática do consumo ou de outro crime com ele conexo. O tratamento em questão é de alçada judicial, com participação de instituições de saúde, sempre informando ao Tribunal a forma como decorre o tratamento.¹⁶⁷

Resumindo, duas leis que se juntaram com a mesma finalidade para acabar ou minimizar o problema das drogas em Portugal. Com relação ao tráfico de drogas, é justo o agravamento das penas por se tratar de crime com expoente máximo da delinquência. Porém, quando falamos do consumo, continua o entendimento de que existe grande necessidade da intervenção jurídico-penal de um lado e do outro lado posturas que não interditem criminalmente o consumo. Sendo assim, as sanções se tornam praticamente simbólicas, tendo como foco principal as medidas terapêuticas. De qualquer forma o consumidor é incentivado ao tratamento até pelo fato da suspensão da pena.¹⁶⁸

Em 1995, mesmo com a mudança de Governo, foi criado pelo Parlamento uma comissão parlamentar extraordinária, onde existiam membros de todos os partidos e que se dedicava exclusivamente a acompanhar o tráfico de drogas e o consumo no país¹⁶⁹.

Tudo isso levou a mais uma mudança no Projeto VIDA, com o objetivo de descentralizar e promover, implementando uma comissão interministerial, assim como, criando um centro de monitorização para recolher dados e fazer análises, o

¹⁶⁶ QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 116.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Moreira, M., Hughes, B., Storti, C. C. & Zobel, F. (2011). *Drug Policy Profiles: Portugal*, EMCDDA. Disponível em: < <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>.> Acesso em 05 de dez 2018.

Observatório VIDA. Entre os anos de 1995 e 1998 o investimento para o combate às drogas tinha aumentado consideravelmente. Os recursos aumentaram de 36 milhões para 75 milhões do Projeto VIDA ¹⁷⁰.

PARADIGMA BIO-PSICOLÓGICO. 2º PERÍODO: A PARTIR DE 2000

Existia em Portugal, na década de 90, um verdadeiro problema de toxicodependência na sociedade, fazendo parte da agenda social e política da época. Em termos mais práticos, 1% da população era dependente de heroína e raramente alguém não tinha um familiar que também não fosse dependente da droga. Naquela época, a heroína era o maior inimigo do Estado. ¹⁷¹

Nessa época, havia o sentimento na sociedade de que o toxicodependente era um criminoso, não só pelo fato da criminalidade em si a ele associada, mas também pelo fato de que a própria Lei da Droga associava ao usuário algumas infrações.

Os estudiosos chegaram à conclusão de que a legislação que estava em vigor, onde existia punição penal, não diminuiu, muito menos acabou o problema das drogas no país. Teriam que procurar uma solução com uma nova legislação. Pois, mesmo havendo ameaças de penas de prisão, a estatística não mudava em nada. A pena não pode alcançar o toxicodependente, pois ele não passa de vítima, a repreensão e intimidação não pode condenar uma conduta desenvolvida por impulso e a reintegração do consumidor na sociedade exige ajuda médica. ¹⁷²

O tratamento ao usuário de drogas pela criminalização não estava tendo bons resultados. Foi então que novas teorias nacionais e internacionais eram partilhadas para melhor entender o problema. Desde então, ficou claro que deveriam ser

¹⁷⁰ Resolução do Conselho de Ministros nº 46/99 de 26 de maio. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/317021>>. Acesso em 05 de dez 2018.

¹⁷¹ LAZEGUES. “Les fonctions de la peine et la toxicomanie”, in La vie Judiciaire, 1999-2003, cintado por LOBO, Fernando Gama – “Droga – legislação: notas, doutrina, jurisprudência”. Quid Juris – Sociedade Editora, Lisboa. 2010. Pag. 142.

¹⁷² LAZEGUES. “Les fonctions de la peine et la toxicomanie”, in La vie Judiciaire, 1999-2003, cintado por LOBO, Fernando Gama – “Droga – legislação: notas, doutrina, jurisprudência”. Quid Juris – Sociedade Editora, Lisboa. 2010. Pag. 142.

tomadas medidas diferentes de cunho multidisciplinares, dando origem à Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, medida esta que foi aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros.¹⁷³

Essa nova estratégia partiu de algumas premissas, tais como, o reconhecimento de que esse tema era uma questão internacional, fruto da globalização, que deveria ser resolvida conforme visão humanista da problemática e que era necessário ter uma abordagem diferenciada, apostando sempre na prevenção do problema.

No ano de 1998, foi criado pelo Governo a Comissão para a Estratégia de Combate à Droga¹⁷⁴, com a principal finalidade de proporcionar um tratamento mais compreensivo e informativo sobre o uso de drogas. Como resultado desta comissão adveio um relatório orientando o que seria importante como estratégia nacional de combate a droga¹⁷⁵.

Conforme resumo do Despacho n° 3229/98, fazia parte de:

...uma estratégia nacional de combate à droga de que constem as orientações fundamentais da política relativa à droga e à toxicodependência, nos diversos domínios, nomeadamente em matéria de prevenção primária, tratamento, reinserção social, formação e investigação, bem como de redução de riscos e de combate ao tráfico.

O Conselho de Ministros aprovou o relatório, logo após um ano, conforme resolução n° 46/99, conhecido como Estratégia Nacional da Luta Contra a Droga. Tal resolução ignora de forma expressa a liberalização da droga, porém, identifica definitivamente a dependência como doença, além do que, prevê a expansão e

¹⁷³ Despacho do Ministro – Adjunto do Primeiro – Ministro n° 3229/98. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/316939/details/maximized>>. Acesso em 08 de dez 2018.

¹⁷⁴ Comissão composta por nove membros: um representante do Primeiro-Ministro (Assistente do Primeiro-Ministro); cinco especialistas de saúde/justiça na área da droga; dois representantes de corpos políticos (Ministério da Justiça/Saúde) e um académico reconhecido internacionalmente, independente e sem ligações à política de droga. Eram eles: Alexandre Quintanilha (presidente), Cândido Agra, João Goulão, António Martins, Júlio Vaz, Maria Marques, Nuno Miguel, Joaquim Rodrigues e Daniel Sampaio.

¹⁷⁵ Hughes, C. & Stevens, A. (2010). *What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs?* British Journal of Criminology n° 50. Disponível em: <<http://www.sicad.pt/BK/Dissuasao/Documents/CaitlinElizabethHughesAlexStevens.pdf>>. Acesso em 05 de dez 2018.

formação de organizações de apoio aos usuários. Sugere também a formação de novas técnicas de coordenação, por este motivo, em 1999 o gabinete do Ministério da Justiça e o Projeto VIDA se unificam e viram o IPDT, Instituto Português da Droga e Toxicodependência, depois renomeado de IDT, Instituto da Droga e Toxicodependência. No ano de 2011 o IDT foi extinto e surgiu o Serviço de Intervenção no Comportamentos Aditivos e Dependências (SICAD).¹⁷⁶

Em 2001 o Governo implanta o Plano de Ação Nacional de Luta Contra a Droga e a Toxicodependência. Essa nova implementação tinha objetivos de combate à droga, a diminuição do consumo e dos comportamentos considerado de risco. O objetivo principal desse plano era ampliar o êxito e a conexão dos dispositivos existentes.

E finalmente, outra orientação da Estratégia Nacional era a descriminalização do consumo de drogas, o que aconteceu com a publicação, no dia 29 de novembro, da Lei 30/2000.

A lei 30/2000 entrou em vigor no dia 01 de julho de 2001, definiu um novo regime jurídico ao consumo de todas as drogas. O novo ordenamento jurídico visa obter “a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica”.¹⁷⁷

A referida lei faz parte do movimento descriminalizador do consumo de drogas, sendo um dos pilares da Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, que foi aprovada através da Resolução de Conselho de Ministros n° 46/99.

Porém, a doutrina entende que a descriminalização da lei não foi total, pois, conforme o artigo 2º, n° 2º, são descartadas as situações em que a quantidade seja maior ao que é necessário para o consumo próprio durante os 10 dias. Nestes casos, o

¹⁷⁶ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>> Acesso em 05 de dez 2018.

¹⁷⁷ QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 120.

consumo próprio é considerado contraordenação.

Artur Matias Pires argumenta que a quantidade de droga é um elemento objetivo de grande importância. Além do que, também devem ser levadas em questão as características do consumidor, indivíduo com poder económico limitado em razão da dependência, visto que, além da droga ser cara o que atrapalha o consumidor a comprar em grandes quantidades. Por este motivo a necessidade da imposição de limites, o legislador deve levar em consideração a realidade do seu tempo, os interesses que serão tutelados, para quem será destinado as leis, para só assim, buscar as melhores soluções para esse problema.¹⁷⁸

O Decreto Lei nº 130-A/2001 (Presidência do Conselho de Ministros), a Portaria nº 428-A/2001 (Estatuto dos Membros das Comissões) e a Portaria nº 604/2001 (Presidência do Conselho de Ministros e Ministério da Justiça – regulamenta o registo central dos processos de contraordenação, previstos na Lei 30/2000), vieram para complementar a Lei 30/2000

A uso do critério quantitativo pela legislação ocasionou grande discussão na doutrina em geral. A primeira grande discussão estava relacionada a constitucionalidade das normas em questão e a outra grande questão foi acerca da portaria que determina a quantidade das drogas para o consumo individual. O STJ deu a sua posição pela constitucionalidade da portaria, alegando que não foi violada a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, artigo 165, nº 1 da CRP.¹⁷⁹

Conforme Rui Pereira, o objetivo da portaria é obter equidade e segurança, pois seria muito subjetivo apurar cada processo de forma diferente. Isto é, os resultados seriam muito discrepantes o que acabaria levando o tema para discussões

¹⁷⁸ PIRES, Artur Matias. Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio. In: revista do Ministério Público, a 24n. 93 (Jan-Mar. 2003). Lisboa: [s.n.]. 2003. Pag. 116 e 117.

¹⁷⁹ Constituição da República Portuguesa. Disponível em :< <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> . Acesso em 09 de dez 2018.

futuras.¹⁸⁰

A conduta do consumo em si não é mais considerada como crime e passou a ser considerado como sendo uma contraordenação, conforme o artigo 2º da lei.

Portugal decide manter a alternativa proibicionista, mesmo existindo inúmeras possibilidades de controle legislativo de comportamentos. O objetivo expresso do ENLCD (Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga) de retirar as sanções criminais do consumo de drogas deixa como opção: um dos moldes de legalização, a descriminação e alguns moldes de tolerância que se beneficiem de princípios para oportunamente não perseguir o consumo de drogas. Porém, a própria ENLCD afasta desde já qualquer possibilidade de legalização, pois são contrárias às convenções internacionais. As convenções internacionais não proíbem qualquer país de criar novas técnicas de flexibilização, continuando com a proibição legal, principalmente nos moldes que se baseiam nos princípios de oportunidade e tolerância ao consumo.¹⁸¹

Foi designada como a lei da descriminação do consumo e determina que a posse, aquisição e consumo de drogas até uma determinada quantidade já estabelecida de até 10 dias para consumo próprio é configurada como contraordenação, isto é, deixou de ser crime. As quantidades de cada droga estão preestabelecidas em uma Portaria nº 94/96, do dia 26 de março e acima dessas quantidades o consumidor é encaminhado para o sistema criminal.

É importante lembrar que não é aplicada a referida lei ao cultivo das substâncias, continua sendo crime, previsto no artigo 28 da lei 30/2000, assim como também está previsto no artigo 40 do Decreto Lei nº 15/93. Ademais, quando nos referimos a menores de 16 anos, não pode existir um processo, pois é encaminhado para a Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco.¹⁸²

¹⁸⁰ PEREIRA, Rui. A descriminação do consumo de droga. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, organização de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Editora. 2003. Pag. 1177 e 1178.

¹⁸¹ QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 103.

¹⁸² Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>> Acesso em 03 de dez 2018.

O principal propósito da Lei é proporcionar melhores condições que façam com que os consumidores de drogas fiquem motivados à procurar tratamento, enquanto são tomadas as medidas de reintegração com a sociedade. Exemplo claro do incentivo é, conforme o artigo 3º, esclarece que caso o consumidor procure tratamento espontaneamente, o que está relatado na lei não será aplicado, isto é, não existirá uma contraordenação.

A referida lei permite identificar padrões novos no uso de droga, colaborando para um entendimento mais abrangente desse assunto.¹⁸³ Porém, este modelo continua mantendo a rejeição legal e social do uso de drogas, mas fazendo parte das contraordenações, do sistema criminal e trazendo grande mudança para o estatuto do consumidor de forma geral. Mas não podemos deixar de constatar que mesmo que o consumo esteja dentro das quantidades delimitadas pela lei, o agente continua sofrendo consequências.

O consumidor é encaminhado para uma Comissão de Dissuasão para a Toxicodependência. Na previsão legal, está estipulado que estas comissões possuam três membros que são indicados pelo Ministério da Saúde e da Justiça.

Depois de obterem conhecimento suficiente do consumidor, tais como, o grau de dependência, a condição do uso, condição econômica de cada um, só depois, discutem a pena que será aplicada conforme cada caso. As sanções a serem aplicadas podem ser administrativas, apoio psicológico, tratamento.

Partindo do ponto de vista do tratamento e não da punição, as comissões evitam a aplicação de multas para os consumidores, tendo uma preferência pela advertência e concedendo a possibilidade da suspensão da pena, nos casos em que o indivíduo aceite fazer tratamento específico.¹⁸⁴

¹⁸³ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: < <http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>.> Acesso em 04 de dez 2018.

¹⁸⁴ Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: < <http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>.> Acesso em 04 de dez 2018. Pag. 5.

Em síntese, esse regime surge depois de grande tensão entre a criminalização do uso de drogas e a necessidade de apoiar de alguma forma os consumidores, também adveio de um acordo entre alguns partidos para enfrentarem esse problema do consumo como sendo um problema de saúde, não como um mero objeto criminal. Sendo assim, Portugal passou a dar prioridade à prevenção, ao tratamento e com orientação a sua política a saúde.

Conforme Jorge Quintas, a descriminalização sustenta a ilicitude do consumo de estupefaciente, mas a conduta não é mais apreciada como sendo uma conduta criminosa, mas sim como uma contra ordenação.¹⁸⁵

É fácil cair na simplificação entre os termos legalização e proibição, entretanto são conceitos de simples complexidade na legislação de vários sistemas no direito penal. Por isso, antes de adentrarmos no tema, é de fundamental importância estudarmos o conceito de cada termo.¹⁸⁶

Portanto, legalização é a eliminação da sanção, tornando-se um comportamento legal, isto é, é retirado a pena administrativa e criminal.¹⁸⁷ O entendimento de legalização é que não existe proibição, seja qual for o tipo na lei. Ademais, não é exatamente o que ocorre em Portugal, onde a posse e o consumo de estupefaciente ainda é proibido pela lei, mas a desobediência a lei é limitada a transgressões administrativas extrínsecas ao direito criminal.¹⁸⁸

¹⁸⁵ QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 120.

¹⁸⁶ Jelsma, Martin (2008). *O estado atual do debate sobre políticas de drogas: tendências da última década na União Europeia e nas Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.soros.org/sites/default/files/jelsma-current-state-policy-debate-portuguese-20100630_0.pdf>. Acesso em: 03 de dez 2018.

¹⁸⁷ Hughes, C. & Stevens, A. (2010). *What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs?* British Journal of Criminology nº 50. Disponível em: <<http://www.sicad.pt/BK/Dissuasao/Documents/CaitlinElizabethHughesAlexStevens.pdf>>. Acesso em: 03 de dez 2018. Pag. 999-1022.

¹⁸⁸ GREENWALD. Drug decriminalization in Portugal, lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute. Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/greenwald_whitepaper.pdf>. Acesso em 03 de dez 2018.

Em Portugal houve a descriminalização, sendo assim, o consumidor não é tratado como criminoso, pois já não existe previsão legal, passando a ser considerados como contraordenação. O consumidor fica isento de qualquer pena criminal, passando a ter penas administrativas, isto é, os cidadãos que consumirem não irão ao tribunal e não vão ter sanções criminais. Sendo assim, quem cometer tal contraordenação, será conduzido para a Comissão Dissuasora da Toxicodenpendência (CDT).

O conceito de descriminalização é facilmente trocado com o de despenalização.¹⁸⁹ O consumo e a posse de drogas em Portugal foram descriminalizados, mas não foram despenalizados.

Deste modo, com a retirada da sanção o consumo de drogas não continua sendo considerado como crime. Portanto, existe uma diminuição da incriminação. Em determinados países da União Europeia é esse o seguimento, principalmente se tratando do consumo de canábis. A despenalização prevê o intermédio policial, porém não existe a possibilidade de pena privativa de liberdade para o consumidor, mantendo ainda algumas outras sanções diferentes da pena de prisão.

A intervenção nos Comportamentos Aditivos e Dependências (SICAD), estabelece o modelo exercido no país. Portanto, Portugal prefere manter a “censura social” ao consumo de drogas e manteve a proibição. O sistema de dissuasão do SICAD enfatiza a prevenção, ao privilegiar a intervenção antecipadamente, assim como uma abordagem impulsionando a motivação para um comportamento diferenciado do consumidor.

A partir do ano 2000, a lei portuguesa começou a estipular as quantidades de cada substância para que tivesse um diferencial entre ser uma contra-ordenação ou não. Foi estipulado uma quantidade para o consumo de uma pessoa por um período de exatamente 10 dias (haxixe, 5 gramas; cocaína, 2 gramas; canábis folha, 25 gramas; heroína, 1 grama; ecstasy ou LSD 10 comprimidos).

¹⁸⁹ Conceito - isenção de pena. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/despenaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 03 de dez 2018.

No início existia uma diferença entre as quantidades permitidas pelos tribunais e a que era estabelecida pela tabela anexa. Atualmente, há o entendimento comum das partes de que a tabela de quantidades deve ser indicativa e não definitiva.

Quando falamos da descriminalização em seu ponto de vista estrito que abarca as drogas que constam nas tabelas I a IV, está em anexo ao DL n° 15/93 (22 de Janeiro), com relação a quantidade de cada droga existente na tabela, tem de se atribuir ao mapa que se refere o artigo 9° da Portaria n° 94/96 (26 de Março), não despenaliza as condutas existentes no artigo (adquirir, consumir e deter para consumo), mas continuam sendo tratadas como substâncias ilícitas, da qual é da competência da autoridade policial.¹⁹⁰

A norma de arguido some e ocupa o seu lugar a norma do indiciado, de acordo com o novo decreto, o cidadão apanhado consumindo, adquirindo ou detendo para consumo, drogas que fazem parte das tabelas I a IV, em anexo ao decreto em questão, das quais as quantidades não sejam maiores do que a necessária para 10 dias de consumo.

A mudança da disposição legal das condutas adquirir, consumir e deter para uso obriga, uma atuação diferente nos procedimentos dos policiais. O legislador elaborou um regime próprio que determina a aplicação de forma subsidiária: Artigo 26.º “na falta de disposição específica da presente lei, é subsidiariamente aplicável o regime geral das contraordenações”.¹⁹¹

O regime legal mais recente do consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, é o da Lei n° 30/2000 (29 de Novembro), que afasta a tipificação como crime (artigo 40° do DL n° 15/93), opção que se baseia nas teorias de que o toxicodependente é uma pessoa doente e que deve ser tratado, e como sequência de uma das finalidades da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, n° 2 do ponto 10

¹⁹⁰ A descriminalização do consumo de drogas: a nova via. In Policia Portuguesa, n° 127, Jan/Fev de 2001. Pag. 12 e ss.

¹⁹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. Consumo de Drogas: Reflexões Sobre o Quadro Geral. 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, Outubro 2014. P. 102.

da Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n° 46/99 (26 de Maio), em vigor no dia 01 de Julho de 2001.¹⁹²

A referida lei promove a descriminalização do consumo de drogas, baseando-se em um seguimento social e não criminal. Neste período, a Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência teve um papel fundamental aplicar as sanções administrativas aos seus usuários.

A avaliação da atual política da droga em Portugal foi feita a partir dos consumos desde o ano de 2001.

Conforme um estudo feito pelo Núcleo de Estudos e Investigação (Estudo do IDT – 2001), 7.8% da população do país havia experimentado drogas ao menos uma vez no decorrer da vida¹⁹³. No ano de 2007 essa porcentagem aumentou para 12%. A pesquisa em 2001 chegou à conclusão que as pessoas mais velhas, em sua maioria, não haviam experimentado qualquer tipo de droga (acima dos 55 anos de idade). Já em 2007, o estudo teve uma pesquisa mais abrangente, incluindo uma nova geração que não foi incluída na pesquisa de 2001. Por esse motivo, os números das pesquisas aumentaram de forma abrupta. Cada pesquisa feita em 5, 10 ou em 20 anos, independente da política seguida no momento, mostrou um aumento do consumo de drogas em pessoas mais jovens.

O consumo de drogas cresceu em todas as idades de forma generalizada, mas existe um dado importante. Conforme análise na faixa etária dos 15 até os 24 anos de idade, o consumo cresceu de 12.4% para 15.4%. Porém, o aumento do consumo de drogas do grupo de 15 até 19 anos, diminuiu de 10.8% para 8.6%.¹⁹⁴

¹⁹² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. Consumo de Drogas: Reflexões Sobre o Quadro Geral. 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, Outubro 2014. P. 102.

¹⁹³ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 45. 2011.

¹⁹⁴ Conclusão do estudo internacional realizado em 17 países de 5 continentes – Degenhard, L. et al. (2008), “Toward a global view of alcohol, tobacco, cannabis, and cocaine use: findings from the WHO World Mental Health Surveys” *Public Library of Science Medicine* 5, n° 7 (2008) *Ei4i DOI*, 10.101371/jornal.pmed.0050141 – as quoted in: Greenwald, G., Drug Decriminalization in Portugal, CATO Institute.

De acordo com outra pesquisa¹⁹⁵, os estudantes afirmaram que o acesso às drogas era fácil, mas em contrapartida, a grande maioria entende que o consumo de drogas é uma “decisão de alto risco”. Um grande número de estudante acredita que não é fácil parar o consumo de drogas, mesmo que a droga seja “só” a canábis, considerada por muitos como sendo uma droga mais leve.

Outro aspecto importante em Portugal é que o consumo de heroína, vista como sendo a droga mais problemática, não aumentou, mantendo-se em níveis mais ou menos estabilizados desde a nova política de combate as drogas.¹⁹⁶

Quanto desta tendência se deve à nova política não é claro, uma vez que na Europa Ocidental em geral a procura de heroína também tem vindo a estabilizar ou diminuir desde 2001. Certamente podemos afirmar que o terrível aumento na prevalência dos consumos previsto pelos detratores das reformas não se materializaram. Por outro lado, os consumidores de heroína em Lisboa alegam que a oferta de heroína é muito mais baixa do que a procura; o que pode sugerir que as operações policiais têm sido tão ou mais efetivas do que as campanhas de prevenção e as medidas de dissuasão. O resultado, de qualquer forma, é positivo.¹⁹⁷

Uma grande relevância na pesquisa foi a descoberta da mudança da forma com que a heroína é consumida, sendo muito mais fumada do que injetada. Esta descoberta trouxe de forma secundária, um grande efeito positivo, a diminuição do número de pessoas infectadas com VIH – positivo.

Conforme o site do SICAD, existe uma descida da prevalência de consumo ao longo da vida (pelo menos uma experiência de consumo), no ano de 2015 a prevalência de consumo ao longo da vida era de 30,7% e o consumo nos últimos 12 meses era de 23,6%. Já no ano de 2016 a prevalência de consumo ao longo da vida foi de 33,1% e o consumo nos últimos 12 meses era de 24,7%. Nos anos de 2016/2017 a

¹⁹⁵ ESPAD/ECATD, “Drug use in the Portuguese school population according to the 2003 and 2007 school survey” (Materiais não publicados do Núcleo de Estudos e Investigação do IDT).

¹⁹⁶ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 46. 2011.

¹⁹⁷ DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations, 47. 2011.

prevalência do consumo ao longo da vida era de 10,4% e nos últimos 12 meses era de 4,8%.¹⁹⁸

A canábis continua ser a droga mais consumida na prevalência de consumo ao longo da vida com uma percentagem de 9,7% do consumo, logo em seguida vem a cocaína com uma percentagem de 1,1%, o ecstasy com 0,6 % e a heroína com 0,5% da prevalência do consumo, referências dos anos de 2016 e 2017.¹⁹⁹

Quanto às intervenções policiais envolvendo o tema em questão, no ano de 2016 foram 6925 presumíveis infratores foram identificados - 30% como traficantes e 70% como traficantes-consumidores e 85% foram detidos (dados de 2016).²⁰⁰

No âmbito das decisões judiciais, em 2016 foram condenados 1835 indivíduos, dos quais 82% por tráfico, 17% por tráfico de menor gravidade e 1% por outros crimes ao abrigo da lei de drogas.²⁰¹

Atualmente, a principal lei de Portugal que tem como tema o assunto o de controle de drogas, é o Decreto Lei 15/93, que sofreu algumas modificações e que foi revogado parcialmente pela Lei 30/2000. Além de imputar medidas e penas, inclusive incluindo a lavagem de valores, conforme o capítulo III, pois tal capítulo esclarece muitos pontos com relação à política do país, como prescrições médicas, certificações, fiscalizações e autorizações. A Lei em questão também demonstra responsabilidades com relação aos tratamentos e investigação criminal.²⁰²

No que se refere à prevenção, o presente decreto cuida em particular do crescimento dos serviços de saúde. O consumidor não é considerado criminoso, é considerado um doente no qual a lei dedica atenção exclusiva. Contudo, apesar de que

¹⁹⁸ Site do Governo. Disponível em: < http://www.sicad.pt/PT/EstatisticaInvestigacao/Documents/2018/SinopseEstatistica16_substanciasIllicitas_PT.pdf> . Acesso em 07 de dez 2018.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Site diário da república. Disponível em < <https://dre.pt/application/conteudo/599720>>. Acesso em 07 de dez 2018.

de forma histórica a legislação tenha optado pelo tratamento no lugar da punição, o despreparo estrutural sempre foi um grande empecilho para tais tratamentos, pois sempre existiam grandes filas de espera para esses pacientes, o que ensejou certa aptidão para a aplicação de diversas punições no lugar desses tratamentos.²⁰³

Os procedimentos mais recentes, contudo, confirmam definitivamente os tratamentos e reabilitações dos consumidores como sendo um dos suportes fundamentais do Governo, no que foram seguidas por diversas alterações legislativas. Sendo assim, permutou-se a Promotoria Pública pela Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência na assistência do desempenho dos programas que são voltados para os consumidores que não sejam envolvidos em crimes violentos.²⁰⁴

Portugal divide as substâncias que são controladas em seis listas anexadas ao Decreto Lei 15/93, que são constantemente atualizadas por outros decretos, das quais as classificações refletem na coibição aos ilícitos que estão relacionados a ela: na tabela I estão os opiáceos, coca, cannabis e seus derivados; na tabela II estão as anfetaminas, drogas que causam alucinações e barbitúricos, na tabela III estão os preparados para as substâncias controladas, na tabela IV estão os tranquilizantes e analgésicos e na Tabela V e VI os precursores.²⁰⁵

Até o ano de 2001 a relação do consumo de drogas e a sua posse eram vistos como infrações penais, sendo punidos com penas de até 3 meses de detenção ou multa, nos casos de quantidades maiores para o consumo, poderia chegar a até um ano de privação da liberdade individual. Quando no mês de julho do mesmo ano entrou em vigor a Lei 30/2000 houve a descriminalização do consumo e posse de qualquer substância controlada, mesmo trazendo a ilicitude administrativa desses comportamentos:

Artigo 1.º

Objecto

1 - A presente lei tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas,

²⁰³ European Union. EMCDDA. *Op. cit.* Acesso em: 07 de dez 2018.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Diário da República Eletrónico: Decreto Lei 15/93. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/585178/details/maximized>.> Acesso em 08 de dez 2018.

bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

2 - As plantas, substâncias e preparações sujeitas ao regime previsto neste diploma são as constantes das tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Artigo 2.º

Consumo

1 - O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.²⁰⁶

Desde esse momento, quando um indivíduo fosse pego com determinada quantidade de droga para uso próprio, não havendo possibilidade de existir outro fim para a droga, tais como tráfico, a polícia tem a obrigação de conduzi-lo a Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência do local. A comissão é constituída por um médico, um advogado e um assistente social e eles avaliam o paciente para chegarem no melhor tipo de tratamento para cada um. Algum tipo de sanção administrativa não é a prioridade neste momento.²⁰⁷

Conforme o artigo 3º da Lei, é garantido o anonimato a quem de forma voluntária queira os serviços de assistência. Essa garantia é lícita e é cabível inclusive na presença de autoridades policiais e judiciais e abarca informações gerais com relação ao tratamento e até mesmo a sua evolução, o que leva a acreditar em uma eficácia maior às normas e políticas necessárias.

No que diz respeito ao traficante consumidor a sanção é de até 03 anos, relacionados a lista I a III, ou um ano, para a lista IV, pena privativa de liberdade.

As políticas voltadas para a redução de dano são bastante usadas em Portugal, tais como, trocas de seringas, terapias substitutivas, entre outras e é importante

²⁰⁶ Diário da República Eletrónico: Decreto Lei 15/93. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized> >. Acesso em 08 de dez 2018.

²⁰⁷ European Union. EMCDDA. *European legal database on drugs - contry profile: Portugal*. Disponível em: <<http://eldd.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#&pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=PT&language=pt>>. Acesso em: 07 de dez 2018.

mencionar que são realizadas as trocas de seringas em departamentos do Governo, mas também pode ser feito em farmácias privadas de todo o país.²⁰⁸

De certa forma, houve um pouco de dificuldade de adaptação para realizar uma abordagem não tão repressiva, mesmo sabendo que houve considerável progresso ao descriminalizar as condutas dos usuários de drogas.

Nessa linha de raciocínio, a modificação do responsável pela acusação penal do usuário por um órgão do Governo com capacitação interdisciplinares, a Comissão para Dissuasão da Toxicodependência, no acompanhamento de cada indivíduo em tratamento indica uma modificação importante de paradigma com relação ao usuário, integrada a diminuição do foco na imperatividade imediata para aplicação de uma pena.

Já no que diz respeito aos crimes e as penas aplicadas, merece atenção o traficante consumidor e o tráfico de menor gravidade, visto que conferem na medida do possível ao direito penal uma proporcionalidade mais ampla entre as eventualidades do fato ocorrido e as respectivas respostas do direito penal.

2. QUESTÕES DOGMÁTICAS E CONSTITUCIONAIS DO REGIME VIGENTE.

BEM JURÍDICO TUTELADO

A maioria das legislações sobre o tema em questão entendem que a saúde pública é o bem jurídico tutelado.²⁰⁹ Conforme a Convenção da ONU de 1961, a saúde passou a ser prioridade sendo considerada como “meta ideal”. Foi modificado o teor na Declaração do ano de 1984, que trouxe em seu preâmbulo a preocupação

²⁰⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006, p. 131.

²⁰⁹ Neste sentido GANZEN MULLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquim; ESCUDERO, José Francisco. *Delitos contra la salud pública (II): drogas, substâncias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona: Bosch. 1997. P.22. E a própria Convenção das Nações Unidas de 1961, que em seu prefácio traz a sensível preocupação com a saúde física e moral da humanidade.

internacional de que o narcotráfico e o uso impróprio de drogas compõem um grande problema ao bem-estar moral e físico de todos, particularmente dos jovens.²¹⁰

Legislações antidrogas tem como prioridade a proteção da saúde coletiva e individual. As próprias Constituições apontam os bens jurídicos que precisam ser tutelados.

Mesmo não sendo fácil apontarmos qual o nível de importância de cada bem jurídico, a saúde pública é prioridade, já que as Constituições já apresentam a saúde como tendo fundamental importância para o desenvolvimento de um povo. Também é apresentada como sendo de um valor inseparável e pressuposto da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da ascensão do bem de todos e da prevalência dos direitos humanos.²¹¹

Ao determinar que certa substância é ilícita, o Estado tem como prioridade identificar que o uso dessa substância ocasiona danos à saúde do consumidor, sendo assim, a propagação do seu uso ocasiona um problema grave para a saúde pública. Do ponto de vista legislativo, surgem diversas discussões com relação a alguma substância que deveria ser ou não proibida. Sendo assim, partimos da dedução de que a definição de droga compreende as que possuem potencial comprovadamente danoso, devendo ter a sua utilização diminuída.

Seja qual for a atividade criminal e penal por parte do Governo deve estar amplamente baseada na proteção dos direitos. Da mesma forma acontece no estudo do valor que se deve proteger com relação a criminalização do usuário.

²¹⁰ SPOSATO, Karyna Batista. Criminalização das drogas e a delinquência juvenil. In: Drogas. Aspectos penais e criminológicos. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005.

²¹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. Cit. P. 93 e 94. Podemos observar os artigos 1º a 4º e 5º, inciso XLII da Constituição da república Federativa do Brasil e os artigos 24º e ss, além do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa.

O consumo de drogas se encontra, há alguns anos, representado de forma expressa no ordenamento de Portugal, desde o DL n° 420/074, e que a criminalização é baseada na proteção da saúde²¹².

Sendo assim, não resta dúvida quanto à possibilidade do emprego do direito penal para proteger à saúde. Entretanto, há de ser objeto de estudo a capacidade do direito penal do Estado para, de forma mais eficaz, oferecer uma tutela eficiente para tal bem jurídico. O princípio da idoneidade, uma das colunas do princípio da proporcionalidade, deve ser levado em questão no momento da elaboração das normas penais.²¹³ Deve existir um estudo entre o instrumento e a finalidade, não há satisfação somente em colocar:

“a prova da idoneidade de outros instrumentos de controle social para que se recorra ao direito penal, mas deve ficar demonstrada a capacidade do meio (pena) para atingir o escopo desejado, o que não impede, entretanto, que o exame de constitucionalidade da lei, a partir da sua capacidade de tutelar o bem jurídico-penal, dê-se sob o enfoque negativo”²¹⁴

A sanção penal sacrificará os bens jurídicos do próprio infrator, o que sugere que a sua aplicação tenha como objetivo a tutela de casos de constatada dignidade penal. Sendo assim, a tutela penal de alguns bens jurídicos são baseados na “concretização de ordem de valores jurídicos-constitucionais”.²¹⁵

Nos dias atuais a Lei se preocupa com a integridade da saúde do usuário. O acórdão com o processo n° 45/12.8SWSL.S1 enfatiza a saúde do consumidor em relação as obrigações de prevenção geral de proteção dos bens jurídicos e de integração da norma jurídica, como estamos falando de um crime, a sociedade recorre ao fim do tráfico de drogas.

O novo regime jurídico português aplicado ao consumidor, lei n° 30/2000, assim como também é aplicado a proteção social e sanitária, identifica que se

²¹² QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011. Pag 120.

²¹³ Idem. P. 94.

²¹⁴ Idem. P. 95.

²¹⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Consumo de drogas: reflexões sobre o novo quadro legal. 2° edição. Editora Almedina. P. 23. 2003.

for encontrado para consumo uma quantidade não superior a que foi delimitada expressamente para o consumo próprio de até 10 dias, não constitui crime. Neste caso, o consumidor terá sanções administrativas, as contraordenações, que podem ser de variados tipos por causa da necessidade da prevenção de cada indivíduo.

Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91 descreve que:

O objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade e, nessa medida, a liberdade da pessoa humana. A imposição de penas e de medidas de segurança implica, evidentemente, uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito de propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Assim, uma tal restrição só é admissível se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito.

A saúde pública, bem jurídico tutelado do consumo de drogas, está ameaçado quando está em questão um número indefinido de pessoas que poderão ser afetadas. Caso o número de pessoa afetada seja menor a quem a droga possa atingir, já não existe perigo para a saúde pública, sendo assim, não pode haver punição pelo procedimento.

O mero ato de ceder a droga aumenta a promoção da dependência e alcança a saúde de terceiros, por maior amizade que exista entre as partes.

Ceder a droga para uma terceira pessoa coloca em ameaça o perigo de lesões no próprio consumidor e em terceiros envolvidos, e se for ocasionalmente, pode ter a pena reduzida, conforme o artigo 25 do DL 15/93, em conformidade com os princípios da proporcionalidade.

Em seguida, também existe uma grande preocupação com relação a economia do Governo e a existência da economia do tráfico de drogas. Conforme o Decreto-Lei n.º 430/81 de 13.12 relata que combater a droga é o mesmo que combater a deterioração da humanidade. O custo econômico e social de uma sociedade que abusa

do uso de drogas é muito alto, o aumento da criminalidade e a violação de valores são inevitáveis.

A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Com a entrada em vigor da lei 30/2000, gerou uma grande discussão jurisprudencial e na doutrina, que foi resolvida com o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ nº 8/2008, proferido no processo 1008/07 da 5ª secção.

O novo ordenamento jurídico incide de forma particular nos crimes de perigo ou de lesão ideal do bem jurídico.

No perigo abstrato, a justificação com relação a punição de comportamento molda-se no princípio da precaução.

A Lei nº 30/2000 que descriminalizou em sentido técnico, isto é, desqualificou o procedimento enquanto crime não revogou o artigo 26 do Decreto lei nº15/93 que traz a previsão e a sanção da conduta de traficante – consumidor. Entretanto, em seu artigo 28º, trouxe a previsão legal da revogação dos artigos 40º, com exceção do cultivo, assim como do artigo 41º do decreto, além do que os demais artigos que se mostrem incompatíveis com o novo regime jurídico.

Com relação a interpretação em conjunto das determinações legais dos artigos 25 do Decreto Lei nº 15/93 e dos artigos 2º, nº 1 e nº 2 e artigo 28º da Lei 30/2000, tem consequência indiscutível da existência de dolo de tráfico de drogas sempre que o indivíduo possuir qualquer quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, assim consta no dispositivo legal art. 28º da lei 30/2000.

Sendo assim, no artigo 40º, nº 1 do Decreto Lei nº 15/93, tinha expresso que “quem consumisse ou, para seu consumo cultivasse, adquirisse ou

detivesse plantas, substâncias ou preparações das tabelas I a IV seria punido com pena de prisão até 3 meses ou pena de multa de até 30 dias”.²¹⁶

Já no n.º 2 do artigo em referência acima, estipulava que caso o consumidor de drogas detivesse quantidade acima da necessária para o consumo próprio²¹⁷ em um período estipulado em 5 dias, teria como sanção a pena de prisão até um ano ou multa de 120 dias. Quem fosse detido com quantidade inferior e desde que fosse destinado ao consumo seria punido nos termos do n.º 1 do artigo.

Sendo assim, o consumo, a detenção e a aquisição para consumo individual de substâncias, plantas ou preparações compreendidas nas tabelas referidas são intituladas como contraordenação, conforme artigo 1.º, n.º 1 da lei. Já no n.º 2 do mesmo artigo, é expresso que para efeitos da lei a quantidade necessária não pode ultrapassar para o consumo médio durante 10 dias.

Contudo, o legislador não mencionou como ficaria nos casos em que o consumidor fosse detido com quantidade acima do estipulado para os 10 dias de consumo próprio.

A partir da revogação do artigo 40.º do DL 15/93, surgiram alguns entendimentos divergentes acerca da solução para o problema dessa questão. De um lado tinham os que eram a favor de uma interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei 30/2000, em situações de se manter em vigor a vigência do artigo 40.º do DL 15/93, apenas a questão além do cultivo, onde continuaria a constituir crime. Por outro lado, os que preferem que mantenha uma interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 1 da Lei 30/2000, considerando que foi descriminalizada toda e qualquer detenção para consumo, independente de quantidade. Ao contrário, a outra parte defendia a incriminação pelo crime de tráfico de drogas de menor gravidade, artigo 25.º do DL 15/93. Ainda existe quem pensasse que por não existir uma norma para punir tal conduta, não poderia haver punibilidade.

²¹⁶ Diário da República Eletrónico: Decreto Lei 15/93. Disponível em:< <https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>>. Acesso em 18 de dez 2018.

²¹⁷ O consumo médio individual estipulado na Portaria n.º 94/96, de 26.03.

Sendo assim, a primeira parte defendia que a prática dessa conduta não deveria ter punição, pois não existia uma norma jurídica para prever essa punibilidade. Mas essa solução não era a mais adequada, pois atingia o princípio da proporcionalidade, uma vez que existia previsão legal para conduta de menor gravidade através de uma contraordenação, ao passo que a conduta mais gravosa não teria sanção a qualquer tipo. Em seguida, não faz sentido penalizar uma conduta menos gravosa e não penalizar uma mais gravosa.

A segunda solução seria que poderiam ser punidas como crimes de tráfico de estupefacientes, artigo 25º do Decreto Lei nº 15/93.

Com essa solução, o legislador no artigo 2º, nº 2 da Lei 30/2000, produziu uma conduta indispensável com a expressão “não poderão exceder” diferenciando a aquisição e a detenção para o consumo individual, do tráfico de drogas. Mesmo permitindo o estoque de drogas para consumo em quantidade superior a 10 dias, seria considerado tráfico de drogas, consequência ao perigo que representa para a sociedade se essas drogas entrarem novamente no mercado ou se forem entregues a terceiros.

Com a entrada em vigor da Lei 30/2000, a intenção do legislador era despenalizar a posse para o consumo de drogas quando estiver em causa determinada quantidade para o consumo individual no período de 10 dias. Entretanto, quando a quantidade é superior a estipulada deveria ser incriminada por violar o artigo 21º, artigo 25º ou artigo 26º do Decreto lei nº 15/93.

O voto de Fernanda Palma²¹⁸ foi voto vencido, pois defendia que a interpretação do artigo 25 do DL nº 15/93, incriminava quem tinha consigo substâncias estupefacientes ou substâncias psicotrópicas em quantidade superior à necessária para o consumo próprio durante 10 dias, exclui a viabilidade de o indivíduo produzir a contraprova e que não teve o dolo de perigo, para ser considerado tráfico de drogas. Essa delimitação é sem sombra de dúvida uma violação do princípio da culpa pela via

²¹⁸ Ac. de Fixação de Jurisprudência do S.T.J. n.º 8/2008, de 5 de agosto, proferido no processo 1008/07, da 5ª Secção.

da atribuição de um carácter imperativo em não poder ter consigo quantidade superior estipulada. Relata ainda que essa interpretação viola o princípio da legalidade.

Sendo assim, com o entendimento da descriminalização do consumo de drogas, considerou que essa interpretação viola o princípio da proporcionalidade.

Já Eduardo Costa²¹⁹, entende ser inconstitucional essa interpretação, refere que não existe proporção e que é excessiva uma interpretação que assemelhe a detenção para consumo do tráfico de drogas, pois são condutas bastante distintas, pois uma tem a reprovabilidade muito maior da sociedade.

Cristina Líbano Monteiro²²⁰ discorre que a principal razão que domina a descriminalização do consumo de drogas foi julgar que o usuário é um indivíduo doente, sendo assim, precisa de tratamento, é um pouco contraditório defender a sua conduta como sendo uma conduta criminosa e transforma-lo em traficante de drogas pelo único motivo de ter uma maior quantidade além da permitida para os 10 dias.

Já o entendimento de José de Faria Costa²²¹, não considera adequada o fato de o legislador continuar querendo punir como crime tendo como única base um critério quantitativo.

A área de aplicação do artigo 21º limita a aplicação dos casos que estão previstos no artigo 40º do Decreto Lei 15/93, ou seja, quando a posse de drogas é exclusiva para consumo próprio não se pode ser confundido com o tráfico, só pode ser considerado consumo.

²¹⁹ COSTA, Eduardo Maia. Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal. Revista do Ministério Público, Lisboa, (Out.-Dez.2003), pag.157-169, e p.ágs. 275-280

²²⁰ MONTEIRO, Cristina Líbano. O consumo de droga na política e na técnica legislativas : comentário à lei n.º 30-2000. Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, (Jan.-Mar.2001). Pag 67-98.

²²¹ COSTA, José de faria. Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga. Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, (1Jan.2002). Pag.275-280.

A verdade é que escolher qualificar para o consumidor uma sanção equiparada ao tráfico, é o mesmo que escolher um regime mais severo, além do que, não faz sentido sancionar o consumidor por uma quantidade mínima a mais quando o seu destino final é só o próprio consumo, o que viola o objetivo do Decreto Lei 15/93, que diferencia traficante de consumidor em seu artigo 40º e impede que o consumidor seja tratado como traficante pelo fato de existir uma quantidade a mais do que a descrita para os 10 dias, conforme artigo 2º, nº 2 da Lei 30/2000.

Viola ainda o princípio *in dubio pro reo*, onde relata que nos casos de dúvida, o tribunal deve julgar a medida mais favorável para o réu. Outrossim, transformaria um doente que precisa de tratamento em um criminoso, o que vai contra o dispositivo da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga nº 46/99, da qual a sua fundamentação deu origem a nova Lei 30/2000.

Outra solução para essa questão foi a aplicação da contraordenação, conforme o artigo 2º, nº 2 da Lei 30/2000, independente de quantidade existente “para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”²²²

Inês Bonina²²³, salvaguardava que o artigo 2º, nº 2 da Lei 30/2000 ao definir a existência de um limite quantitativo para o consumo próprio de 10 dias, apenas tinha como finalidade um parâmetro de orientação para diferenciar o consumo do tráfico. Sendo assim, poderia existir a possibilidade de existir casos em que as quantidades fossem superiores, mas se houvesse provas de que a substância era para consumo e não para o tráfico, seria afastada a presunção do tráfico, conforme Decreto lei nº 15/93, sendo então aplicada uma contraordenação.

O Ministério Público seria encarregado de verificar a existência de indícios suficientes da prática do crime, caso não colhesse esses indícios, o processo era

²²² Lei 30/2000. Disponível em : < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>. > Acesso em 19 de dez 2018.

²²³ BONINA, Inês. Descriminalização do consumo de estupefacientes – detenção de quantidade superior a dez doses diárias", Revista do Ministério Público, Ano 23, n.º 89, (Jan.-Mar.2002), Pag. 185–188.

remetido à Comissão da Dissuasão da Toxicodependência (CDT), para ser aplicada uma contraordenação.²²⁴

A quarta solução existente seria sancionar como crime de consumo, previsão legal do artigo 40º do DL 15/93, utilizando uma interpretação que restringe a diretriz revogatória do artigo 28º da lei 30/2000, visto que o artigo 40º do Decreto lei nº 15/93, é a ressalva do cultivo, apenas demonstrando a revogação que correspondem ao artigo 2º da lei 30/2000.

Desta maneira, caso o consumidor fosse detido com quantidade superior a estipulada para o consumo em 10 dias, seria punido pelo crime de consumo, conforme o artigo 40º do DL 15/93.

No Ac. do STJ nº 8/2008, deixa claro que o artigo 40º, nº 2 do Decreto Lei foi revogado pelo artigo 28º da Lei 30/2000, do dia 29 de novembro, onde manteve em vigor a questão do cultivo como também de forma relativa a detenção ou aquisição, para consumo próprio, de substâncias, plantas ou preparações que fazem parte da tabela I a IV, em quantidade superior a necessária para o consumo individual no período de 10 dias.

Tal divergência teve como entendimento final, no Ac de fixação de jurisprudência do STS nº 8/2008, que foi publicado no Diário da República, Iª série, de 05 de agosto de 2008²²⁵, onde teve o entendimento fixado dando uma interpretação restritiva do artigo 28º da Lei 30/2000, mantendo o artigo 40º do DL 15/93 em vigor, para além do cultivo, e que consiste em crime a detenção ou aquisição para consumo próprio de substâncias, plantas ou preparações que fazem parte da tabela I a IV do Decreto Lei nº 15/93 em quantidades que sejam maiores que a estipulada para o consumo próprio no período de 10 dias.

²²⁴ COSTA, José Francisco de Faria. Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga, Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, (1Jan. 2002). Pag.275–280.

²²⁵ BRANCO, Paulo Pinto de Albuquerque. Comentário das Leis Penais Extravagantes. Vol 2. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2011. Pag. 539.

Ficou então definido tal como a vontade do legislador que seria melhor manter em vigor o artigo 40º do DL 15/93, embora tenha sido revogado de forma parcial e de forma condicional. Iniciou esclarecendo que o consumo é um vício e que quem faz uso desse vício é um indivíduo doente, porém, quando esse “doente” possui droga em quantidade superior a estipulada para 10 dias de consumo próprio, assume um perigo para si e para a sociedade em geral.

Sendo assim, os consumidores passaram a ser tratados como pessoas doentes, caso exista com ele a quantidade de droga que corresponda a 10 dias para consumo próprio, sendo punidos somente com uma contravenção. Mas, caso sejam pegos com quantidades maiores do que a de consumo próprio estipulada para 10 dias, esses consumidores serão julgados em um processo criminal, conforme o artigo 40º do DL 15/93, desde que seja com a única finalidade de consumo próprio.

A fundamentação do acórdão foi embasada no objetivo da descriminalização da detenção e aquisição de drogas para o consumo próprio em quantidades que não sejam superiores as necessárias para o consumo individual no período de 10 dias.

De acordo com o artigo 9º, nº 3 do Código Civil, “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”, quando fez o encaminhamento para a conduta descrita no artigo 28º da Lei nº 30/2000. Tal artigo revoga o artigo 40º do Decreto Lei 15/93, com exceção da conduta descrita para o cultivo.²²⁶

Deve haver uma interpretação mais ampla do artigo 28º da Lei 30/2000, e ter a convicção que a revogação não foi total, mas parcial das condutas descritas no artigo 40º do DL 15/93, o que faz com que exista maior flexibilidade da norma.

²²⁶ BRANCO, Paulo Pinto de Albuquerque. Comentário das Leis Penais Extravagantes. Vol 2. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2011. Pag. 539.

Os votos que foram vencidos sustentaram que a interpretação de forma restritiva traz um número maior de incriminação que afeta os princípios da tipicidade e da legalidade.

Contudo, essa foi a decisão mais acertada, como também defende José Souto Moura, dentre todas as alternativas, essa foi a menos pior. A opção escolhida é a que mais tem coerência com as normas e o sistema de forma geral, tendo alguma correspondência verbal com a letra da lei.²²⁷

²²⁷ BRANCO, Paulo Pinto de Albuquerque. Comentário das Leis Penais Extravagantes. Vol 2. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2011. Pag. 540.

III CONCLUSÕES DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

As medidas internacionais de combate ao tráfico de drogas e ao consumo serviram de base para influenciar o ordenamento brasileiro e o ordenamento português. A medida que deu origem ao combate, internacionalmente falando, foi a Conferência do Ópio que aconteceu em Haia, no ano de 1912.

Enquanto no Brasil a primeira abordagem ao tema das drogas aconteceu em 1890, com o Código Republicano, em Portugal, a lei que deu início ao controle de Drogas foi a Lei nº 1687 do ano de 1923.

Com o Código Republicano, primeiro Código Penal do Brasil, era adotada uma concepção do modelo sanitário e nesta época o uso das drogas estava fazendo parte do cotidiano de muitas pessoas, porém, o código em questão não trouxe um único artigo falando do consumidor.

Contudo, a questão da aplicabilidade da lei em Portugal na matéria em questão, assumiu um significado muito maior na aprovação do Decreto Lei nº 420/70, tendo uma perspectiva incriminadora do consumo de drogas. Portugal já assumiu a natureza criminal do consumo nessa época, existindo sanção com pena de prisão até 2 anos.

O ano de 1964 no Brasil foi um período que representou a passagem do modelo sanitário para o modelo bélico com o Decreto 385 que alterou o artigo 281 do Código Penal existente, inserindo verbos para criminalizar o consumo e em 1969, a fiscalização aumentou, com o Decreto Lei nº 753.

Já em Portugal o primeiro dispositivo que dava a entender a descriminalização foi o Decreto de 792/76, onde relatava que o indivíduo deveria ser tratado como doente, não como um criminoso. Porém no ano de 1983, com o Decreto Lei nº 430/83, aumenta a repressão contra o tráfico de drogas e continua tratando o consumidor como uma pessoa que precisa de tratamento.

Com os dias atuais e a globalização os problemas relacionados ao consumo de drogas foram aumentando cada vez mais e os debates para estratégias de combate também aumentou de forma considerável.

Que o problema da droga é uma calamidade mundial ninguém pode duvidar. Conforme os números de consumidores aumentavam em todo o mundo, os problemas também aumentavam e as tentativas de solução vieram de todos os lados. Duas eram as maneiras de combater esse problema, como ainda nos dias atuais, tratar o problema através do direito penal ou tratar o problema como uma questão de saúde pública.

Os Estados Unidos declararam guerra às drogas em um discurso do então presidente norte-americano Richard Nixon, no dia 17 de julho de 1971. Através de tal discurso ele deixou bem claro que iriam combater a droga via judicial, entretanto, em diversos outros países do mundo, a escolha feita foi o de abordar o consumidor como sendo uma questão de saúde.

Os modelos proibicionistas foram os primeiros a serem postos em prática, onde combatiam de forma radical o tráfico de drogas e o consumo. Porém, o fracasso do modelo proibicionista foi uma questão de tempo. Tal modelo era usado de forma errônea, pois fazia muito o uso do direito penal, mas o uso do direito penal deve ser a última opção para não haver qualquer tipo de intervenção que não seja legítima.

O modelo em seguida ao modelo proibicionista, modelo ainda hoje usado por muitos países, está voltado ao combate ao tráfico de drogas, entretanto, somada a descriminalização do consumo de drogas.

As medidas que deram início ao controle de drogas surgiram do desejo primário de proteger o bem estar do ser humano, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25º, consagrava a assistência médica como um direito para todos, incluindo por isso os consumidores de drogas.

É importante mencionar que a descriminalização do uso das drogas é

o início de um movimento contrário à marginalização do consumidor e a sua condenação que foi constituída pelas legislações anteriores.

No dia 29 de novembro de 2000, Portugal aprovou a Lei 30/2000 que, fundamentada nos princípios de humanismo, participação e pragmatismo, descriminaliza o consumidor de drogas até uma determinada quantidade já estabelecida. Tal lei entrou em vigor no dia 01 de julho de 2001.

A jurisprudência fixada no Supremo Tribunal de Justiça nº 8/2008 foi muito eficiente, pois manteve em vigor o artigo 40º do Decreto Lei 15/93, com exceção do cultivo, que continua criminalizado, a detenção e a aquisição para consumo próprio de plantas, preparações, substâncias que estão presentes nas tabelas de I a IV do Decreto Lei nº 15/93 em quantidades acima da permitida, isto é, que não ultrapassem a quantidade para o consumo médio individual para o período de 10 dias

A maioria dos doutrinadores chegaram à conclusão de que Portugal fez um ótimo trabalho com a nova política de drogas, pois a descriminalização não ficou correlacionada a um aumento do consumo e muito menos da criminalidade.

O consumo diminuiu, até mesmo o consumo de canábis entre os jovens, assim como a mortalidade também diminuiu, o registro de doenças que possuem relação com o uso de drogas também diminuiu. Em contrapartida, o número de internações para tratamento dos usuários aumentou significativamente e o número de casos nos tribunais diminuíram.

O modelo português de combate às drogas mostrou que a junção de tratamentos para os dependentes e a remoção das sanções criminais para os consumidores de drogas, de fato, ofereceu inúmeras vantagens, não só para o usuário, mas como também para a sociedade em geral.

A atual lei de Portugal que descriminalizou o uso de drogas, priorizou a política preventiva e observou a necessidade de uma comunicação adequada para a sociedade entender que o que aconteceu foi um aumento da prevenção, não um incentivo para o uso de drogas. Sendo assim, o toxicodependente passou a ser visto e

tratado de forma diferente, como um paciente que precisa de tratamento, não como um delinquente como era visto antigamente.

Pela diversidade de temas, este assunto é bastante complexo, pois estão envolvidas questões políticas, econômicas, de educação, psicológica, sociológica, de saúde pública e finalmente de comunicação.

Fica claro a importância da interdisciplinaridade dos temas para ajudar no tratamento dos consumidores, fazendo sempre uma política voltada à prevenção e aos tratamentos existentes para cada indivíduo de forma particular. Não resta dúvida a importância da capacitação de profissionais de várias áreas para tratar o paciente em questão, pois estamos falando da saúde, objeto tutelado pelo direito penal no consumo de drogas.

Após anos de descriminalização em Portugal, o consumo de drogas passou a ser uma questão sem controversas. O país não passou a ser um destino de turistas voltados para as drogas, assim como a descriminalização não fez com que o consumo de droga aumentasse.

É de suma importância percebermos que a política da droga em Portugal teve um grande êxito. Com o objetivo de diminuir o consumo de drogas, as respostas legais têm que ser apoiadas por um conjunto de políticas paralelas que ajudem na redução de danos e iniciar tratamentos específicos para quem precise de tratamento.

Quanto as perspectivas futuras, tudo indica que haverá descriminalização do consumo de drogas em todo o mundo. Atualmente, mais de 30 países já revisaram a sua política interna em relação ao usuário de drogas e ao consumo da canábis: tais como, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Israel, Jamaica, Portugal, Uruguai, entre outros. De fato, a grande parte dos países europeus já possuem como infração somente sanção administrativa quando estiverem envolvidas pequenas quantidades de drogas.

Já no Brasil, a discussão sobre a problemática da descriminalização do consumo de drogas ainda anda está longe de ser referência, tal como em Portugal. O

cenário do combate ao consumo de drogas é preocupante, pois o número de usuários só aumenta de forma alarmante, demonstrando ineficácia da lei, assim como das políticas públicas de combate ao consumo às drogas.

Até o ano de 2006, o consumidor que fosse pego com droga, independentemente da quantidade, era tratado como criminoso, sendo assim, estava sujeito à pena de prisão.

Com a nova lei de drogas, a Lei 11.343/2006, veio a determinação de que se um consumidor portasse uma pequena quantidade de maconha para uso pessoal, não deveria ser preso, mas deveria ser encaminhado para cumprir penas alternativas. Entretanto, a lei não foi precisa para esclarecer qual seria a quantidade considerada como pequena, sendo assim, cabe a decisão aos policiais na primeira abordagem.

O SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) surgiu na Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, e o Decreto Lei nº 5.912 de 27 de setembro de 2006 regulamentou a lei em questão.

O SISNAD, juntamente com a implantação de UPP'S (Unidade de Polícia Pacificadora), constituíram importantes instrumentos de combate ao consumo de drogas no Brasil, porém, de modo geral, o combate não tem sido suficiente. Existe precariedade na implantação do SISNAD, pois existe uma grande precariedade na estrutura e nos centros de tratamentos especializados.

A instalação do SISNAD, sempre foram fundamentados em princípios e objetivos que se fossem colocados em prática efetivamente, diminuiriam consideravelmente grande parte do problema das drogas. A institucionalização do SISNAD terminou com a efetivação de várias comissões, programas, projetos e estudos que viabilizaram uma análise mais eficaz do que seria melhor para o bom desenvolvimento do sistema.

Existe um conjunto de falhas para o sistema não funcionar como deveria, houve inclusive uma auditoria que foi realizada pelo Tribunal de Contas da União que apontou a falta de infraestrutura para o cumprimento das metas já

estabelecidas pelo sistema. A comissão criada no ano de 2011, CEDROGA, expôs um estudo que foi realizado em várias regiões do Brasil e chegou à conclusão que é necessário existir cooperação entre o governo federal, o governo estadual e o governo municipal para obter maior eficácia no combate às drogas no país.

Em 2015 deu início no STF ao debate com relação a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas no Brasil. Tais questões não foram decididas ainda, com a morte do Ministro Teori Zavaski, em 2017, novamente atrasou a votação.

A discussão retomou em agosto de 2017, após três ministros já terem se posicionado a favor. Por causa da demora, a Defensoria Pública do estado de São Paulo, pediu a suspensão de todos os processos que possuem relação com o porte de drogas, para aguardar a posição do STF.

Até agosto de 2017, três ministros do STF já haviam proferido os seus votos, todos a favor da descriminalização, Luiz Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, lembrando que são 11 ministros do STF ao todo.

No decorrer dos últimos anos houve implantação de políticas públicas e atualização das leis que combatem o tráfico de drogas e o consumo, porém, as pesquisas não demonstram uma mudança positiva no que diz respeito ao tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A descriminalização do consumo de drogas: a nova via. In *Policia Portuguesa*, nº 127, Jan/Fev de 2001.

“A droga e a humanidade – reflexão psicocriminal”. Atas do I Curso sobre problemas jurídicos da Droga e da Toxicodependência promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Português da Droga e da Toxicodependência entre 8 de março e 21 de junho de 2002 – Suplemento à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. 2003.

A Primeira Convenção Internacional do Ópio foi assinada em Haia no dia 23 de janeiro de 1912 durante a primeira Conferência Internacional do Ópio. O tratado foi assinado pelos Estados Unidos, Alemanha, França, China, Reino Unido, Japão, Itália, Países Baixos, Irã, Portugal, Tailândia e a Rússia. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/the-1912-hague-international-opium-convention.html>>. Acesso em: 01 de dez 2018.

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 1997.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BONJARDIM, Estela Cristina; MACIEL, Ana Claudia. *A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira*. [on line]. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/511/509>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 29-30. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; MALARÉE, H. H. *Lecciones de derecho penal: fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Madrid, v. 1, Trotta, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. A Atual Política de Drogas no Brasil: Um Copo Cheio de Prisão. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/a-atual-politica-de-drogas-no-brasil-um-copo-cheio-de-prisao/> Acesso em: 29 de nov. 2018.

CARRIÇO, Ernesto. Beltrame defende legalização das drogas e desmilitarização da polícia. *O DIA*, 20 set. 2015. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-09-20/beltrame-defende-legalizacao-das-drogas-e-desmilitarizacao-da-policia.html>. Acesso em: 06 out. 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Conclusão do estudo internacional realizado em 17 países de 5 continentes – Degenhard, L. et al. (2008), “Toward a global view of alcohol, tobacco, cannabis, and cocaine use: findings from the WHO World Mental Health Surveys” *Public Library of Science Medicine* 5, nº 7 (2008) *Ei4i DOI*, 10.101371/jornal.pmed.0050141 – as quoted in: Greenwald, G., Drug Decriminalization in Portugal, CATO Institute.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em :< <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> . Acesso em 09 de dez 2018.

Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de janeiro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/585108>. >acesso em 05 de dez 2018.

Decreto-Lei nº 420/70 de 3 de setembro. Disponível em: < <https://dre.pt/application/file/148892>.> Acesso em 02 de dez 2018.

Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de dezembro. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/443237>.> Acesso em 05 de dez 2018.

Decreto-Lei nº 792/76, de 5 de novembro. Disponível em:< <https://dre.pt/application/file/409240>.> Acesso em 04 de dez 2018.

Decreto-Lei 891, de 25 de Novembro de 1938. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 de nov. 2018.

Decreto nº. 2.994, de 17 de Agosto de 1938.
Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/legis/decreto_lei/891_38.htm>.
Acesso em: 15 de nov. 2018.

Decreto-Lei nº 10 375 de 9 de dezembro. Disponível em: <
<https://dre.pt/application/file/562125>>. Acesso em: 01 de dez 2018.

Decreto-Lei 12 210 de 24 de agosto. Disponível em: <
<https://dre.pt/application/file/162715>>. Acesso em: 01 de dez 2018.

Despacho do Ministro – Adjunto do Primeiro – Ministro nº 3229/98. Disponível em:
<<https://dre.pt/pesquisa/-/search/316939/details/maximized>>. Acesso em 08 de dez 2018.

Diário da República Eletrónico: Decreto Lei 15/93. Disponível em:<
<https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>>. Acesso em 08 de dez 2018.

DOMOSTAWISKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas, Poland, Open Society Foundations. 2011.

ESPAD/ECATD, “Drug use in the Portuguese school population according to the 2003 and 2007 school survey” (Materiais não publicados do Núcleo de Estudos e Investigação do IDT).

European Union. EMCDDA. *Op. cit.* Disponível em: <
http://www.emcdda.europa.eu/emcdda-home-page_en>. Acesso em: 07 de dez 2018.

FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A ‘Justiça Terapêutica’ e o Conteúdo Ideológico da Criminalização do Uso de Drogas no Brasil. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito UFPR*. p. 04. Disponível em:
<<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7041/5017>>. Acesso em: 21 set. 2016.

FIOCRUZ. Disponível em: < http://www.cpqrr.fiocruz.br/texto-completo/T_53.pdf>.
Acesso em: 08 de dez 2018.

FioCruz Apresenta Resultados de Pesquisa Sobre Crack e Exclusão Social. Disponível em: < <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-apresenta-resultados-de-pesquisa-sobre-crack-e-exclusao-social>> Acesso em: 29 de nov. 2018.

FONTES, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GANZEN MULLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquim; ESCUDERO, José Francisco. Delitos contra la salud pública (II): drogas, substâncias psicotrópicas y estupefacientes. Barcelona: Bosch. 1997.

GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108. apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. Cit. P. 93 e 94. Podemos observar os artigos 1º a 4º e 5º, inciso XLII da Constituição da república Federativa do Brasil e os artigos 24º e ss, além do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa.

GOULÃO, João. “Interdiction or Decriminalization – What Works with Drug Crime?” Discurso feito no 12th Internacional Criminal Law Congress 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº. 6.368, de 21- 10-1976, acompanhado da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel *Lei de drogas anotada*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GREENWALD. Drg descriminalization in Portugal, lessons for creating fais and successful drug policies. Cato Institute. Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/greenwald_whitepaper.pdf>. Acesso em 03 de dez 2018.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

HUGHES, C. & Stevens, A. (2010). *What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs?* British Journal of Criminology nº 50. Disponível em: <<http://www.sicad.pt/BK/Dissuasao/Documents/CaitlinElizabethHughesAlexStevens.pdf>> . Acesso em 05 de dez 2018.

Inquérito Nacional ao Consumo de Substâncias Psicoativas na População geral, Portugal 2001 (Inquérito Nacional ao Consumo de Substâncias Psicoativas conduzido pelo Professor Casimiro Balsa et. Al em 2001). Entrevista com Casimiro Balsa.

Isenção de pena. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/despenaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 03 de dez 2018.

J. A. DA SILVA SOARES, “Droga”, in Enciclopédia Polis, Lisboa/São Paulo: Verbo, Vol. 2, 1984.

JELSMA, Martin (2008). *O estado atual do debate sobre políticas de drogas: tendências da última década na União Europeia e nas Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.soros.org/sites/default/files/jelsma-current-state-policy-debate-portuguese-20100630_0.pdf>. Acesso em: 04 de dez 2018.

LAZEGUES. “Les fonctions de la peine et la toxicomanie”, in La vie Judiciaire, 1999-2003, citado por LOBO, Fernando Gama – “Droga – legislação: notas, doutrina, jurisprudência”. Quid Juris – Sociedade Editora, Lisboa. 2010.

LEMOS, Tadeu. *Ações e Efeitos das Drogas de Abuso. In: Prevenção ao uso indevido de drogas/ Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos*. – Curitiba: SEED – Pr., 2008.

Lei nº 1 687 de 6 de agosto de 1923. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/562125>>. Acesso em: 01 de dez 2018.

Lei nº. 6.368, de 21 de Outubro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 10 de out. 2018.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 28 de nov 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCAO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006- Lei de Drogas 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Tráfico de drogas e constituição**. 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 28 de nov de 2018.

MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. *Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006*. [on line]. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=574:nova-lei-antidrogas->. Acesso em: 16 de nov. 2018.

MOREIRA, M., Hunhes B., Costa, Sorti C., Zobel F. (2011), Drug Policy Profiles: Portugal, EMCDDA. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>>. Acesso em 01 de dez 2018.

NADELMANN, Ethan A. Thinking Seriously About Alternatives to Drug Prohibition. *Deadalus*, 121: 85 – 132. 1992.

Novo Modelo de Política Sobre Drogas. Disponível em <http://juventudescontraviolencia.org.br/plataformapolitica/quem-somos/eixos-programaticos/novo-modelo-de-politica-sobre-drogas/>> Acesso em: 29 de nov 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Rui. A descriminalização do consumo de droga. In: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, organização de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Editora. 2003.

PIRES, Artur Matias. Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio. In: revista do Ministério Público, a 24n. 93 (Jan-Mar. 2003). Lisboa: [s.n.]. 2003.

POIARES, Carlos Alberto. “A descriminalização do consumo de drogas. do Direito à intervenção jus psicológica”. Atas do I Curso sobre Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicodependência promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Português da Droga e da Toxicodependência entre 8 de março e 21 de junho de 2002 –

Suplemento à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. 2003.

POLÍTICA PÚBLICA CARCERÁRIA: UMA INSTITUCIONALIZADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPULSIONADA PELA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V.9, n.2, 2014. Disponível em [file:///C:/Users/Barbosa&Lino2/Downloads/13018-75631-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Barbosa&Lino2/Downloads/13018-75631-1-PB%20(1).pdf) > acesso em: 17 agost. 2018.

QUINTAS, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Fronteira do caos. Porto: 2011.

Resolução do Conselho de Ministros nº 46/99 de 26 de maio. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/317021>. > Acesso em 05 de dez 2018.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006, p. 131.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, Henrique (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: PUCMinas, 2005.

ROXIN, Claus. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista das Tribunais, 2013.

SILENE, Katie Cáceres Argullo e STEGMAN, Vítor Dieter. Política Criminal das Drogas. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>> Acesso em: 28 de nov. de 2018.

SILVA, Marco Aurélio da. *Política Pública Carcerária: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas*. cap. 2, p. 239-240. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13018/pdf#.V-KZOVkrLcs>>. Acesso em: 09 abril 2018.

SICAD. Disponível em: < http://www.sicad.pt/PT/EstatisticaInvestigacao/Documents/2018/SinopseEstatistica16_s

[ubstanciasIllicitas_PT.pdf](#)> . Acesso em 07 de dez 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza. A nova lei antidrogas – Lei nº 11343/2006. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

STF, andamento do processo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 29 de nov. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. Criminalização das drogas e a delinquência juvenil. In: Drogas. Aspectos penais e criminológicos. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. Disponível em: <www.juareztavarez.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf> Acesso em: 28 de nov. De 2018.

Trigueiros, F., Vitória, P. & Dias, L. (2010). *Rather Treat Than Punish The Portuguese Decriminalization Model*. The Pompidou Group of the Council of Europe, Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.coe.int/T/DG3/Pompidou/Source/Activities/Justice/11CJ/Rather%20Treat%20Than%20Punish.pdf>> Acesso em: 01 de dez 2018.

UPP, Disponível em: < http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp >. Acesso em 10 de dez de 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Consumo de drogas: reflexões sobre o novo quadro legal. 2ª edição. Editora Almedina. 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. Consumo de Drogas: Reflexões Sobre o Quadro Geral. 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, Outubro 2014.

